

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

L'ARBITRAGE DES QUESTIONS ENVIRONNEMENTALES SOUS LE

CHAPITRE 11 DE L'ALÉNA :

DE LA CONFIDENTIALITÉ À LA TRANSPARENCE

MÉMOIRE

PRÉSENTÉ

COMME EXIGENCE PARTIELLE

DE LA MAÎTRISE EN SCIENCES DE L'ENVIRONNEMENT

PAR

MARIE-CLAUDE AUGER BOUCHARD

MAI 2007

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL  
Service des bibliothèques

Avertissement

La diffusion de ce mémoire se fait dans le respect des droits de son auteur, qui a signé le formulaire *Autorisation de reproduire et de diffuser un travail de recherche de cycles supérieurs* (SDU-522 – Rév.01-2006). Cette autorisation stipule que «conformément à l'article 11 du Règlement no 8 des études de cycles supérieurs, [l'auteur] concède à l'Université du Québec à Montréal une licence non exclusive d'utilisation et de publication de la totalité ou d'une partie importante de [son] travail de recherche pour des fins pédagogiques et non commerciales. Plus précisément, [l'auteur] autorise l'Université du Québec à Montréal à reproduire, diffuser, prêter, distribuer ou vendre des copies de [son] travail de recherche à des fins non commerciales sur quelque support que ce soit, y compris l'Internet. Cette licence et cette autorisation n'entraînent pas une renonciation de [la] part [de l'auteur] à [ses] droits moraux ni à [ses] droits de propriété intellectuelle. Sauf entente contraire, [l'auteur] conserve la liberté de diffuser et de commercialiser ou non ce travail dont [il] possède un exemplaire.»

## REMERCIEMENTS

La réalisation de ce mémoire n'aurait pu être possible sans l'aide et le soutien de plusieurs personnes auxquelles je tiens à manifester toute ma gratitude.

Je veux ainsi exprimer mes plus sincères remerciements à ma directrice, Madame Maryse Grandbois, Professeure au département des sciences juridiques ainsi qu'à l'Institut des sciences de l'environnement de l'Université du Québec à Montréal. Ses commentaires pertinents, sa supervision judicieuse ainsi que sa patience exceptionnelle m'ont guidée et secondée tout au long de ce travail. Ce mémoire aurait été impossible sans son soutien et son dévouement. Je lui en suis sincèrement reconnaissante.

Je tiens aussi à témoigner ma gratitude à ma mère et à mon père, à qui je dois tout. Je ne saurai jamais les remercier assez pour leur confiance, leur amour, leur compréhension et pour leur générosité sans borne.

Je remercie également Maude, Émilie, Anaïs et Catherine, sur qui je peux toujours compter, ainsi que toutes les autres personnes qui ont participé indirectement à cette aventure.

Enfin, je désire remercier Charles-Olivier pour son soutien moral, son amour inébranlable, et la patience infinie dont il a fait preuve chaque jours.

## TABLE DES MATIÈRES

LISTE DES ABRÉVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES .....	vi
---	----

RÉSUMÉ .....	viii
--------------	------

### CHAPITRE INTRODUCTIF

ALÉNA, DÉVELOPPEMENT DURABLE ET CONFIDENTIALITÉ.....	1
1.1. La problématique générale : l'ALÉNA et l'environnement.....	3
1.2. La problématique spécifique et le mécanisme de résolution de conflit de l'ALÉNA : De la confidentialité à la transparence .....	8

### CHAPITRE I

MÉTHODOLOGIE.....	13
1.1. Hypothèse de recherche .....	13
1.2. Design et approche générale de recherche .....	13
1.3. Collecte et analyse des données .....	14
1.4. La sélection des arbitrages étudiés .....	17
1.5. Description des garanties .....	20

### CHAPITRE II

LA TRANSPARENCE DES INSTITUTIONS INTERNATIONALES ET LE DROIT INTERNATIONAL DU DÉVELOPPEMENT DURABLE .....	21
2.1. Le développement durable : un concept flou ?.....	22
2.1.1. La « Stratégie mondiale pour la conservation ».....	22
2.1.2. La commission Brundtland.....	23
2.2. Le droit international du développement durable.....	24
2.2.1. Un paradigme intégrateur .....	26



2.3. La transparence et la participation publique : principes de droit international du développement durable .....	28
2.4. Conclusion.....	35

### CHAPITRE III

LES FONDEMENTS DE LA CONFIDENTIALITÉ EN ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL .....	37
3.1. L'arbitrage international.....	38
3.1.1. Caractéristiques de l'arbitrage international .....	39
3.2. La confidentialité .....	42
3.2.1. Existence de l'arbitrage .....	43
3.2.2. Documents établis et documents produits comme moyens de preuve.....	44
3.2.3. Témoignages et expertises .....	44
3.2.4. Délibérations et sentences.....	45
3.3. Le Débat.....	45
3.3.1. United States c. Panhandle Eastern Corp.....	46
3.3.2. Dolling-Baker c. Merrett.....	47
3.3.3. Esso Australia Ressources c. Plowman .....	47
3.3.4. Commonwealth d'Australie c. Cockatoo Dockyard Pty. Ltd. ....	50
3.3.5. AI Trade Finance Inc. c. Bulgarian Foreign Trade Bank LTD (Bulbank).....	52
3.4. Conclusion.....	52

### CHAPITRE IV

LE CHAPITRE 11 DE L'ALÉNA ET LA CONFIDENTIALITÉ .....	54
4.1. Le chapitre 11 de l'ALÉNA.....	54
4.1.1. L'objectif du chapitre 11 de l'ALÉNA.....	56
4.1.2. Qui peut porter plainte ? .....	57
4.1.3. La portée du chapitre 11 de l'ALÉNA.....	57
4.1.4. Les conditions pour soumettre une plainte en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA .....	58
4.1.5. Les règlements d'arbitrage institutionnels.....	60

4.1.6. La sentence finale .....	63
4.2. La confidentialité et les poursuites entendues sous le chapitre 11 de l'ALÉNA .....	63
4.2.1. Metalclad Corporation c. États Unis du Mexique.....	64
4.2.2. The Loewen Group inc. and Raymond L. Loewen c. États-Unis d'Amérique.....	68
4.2.3. Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique .....	70
4.2.4. United Parcel Services of America inc. c. Gouvernement du Canada.....	78
4.3. Conclusion.....	83
 CHAPITRE V	
DISCUSSION .....	84
5.1. L'obligation de confidentialité existe-t-elle vraiment ? .....	84
5.2. La confidentialité dans l'ALÉNA .....	87
5.2.1. Le besoin d'une approche procédurale plus cohérente : .....	88
5.2.2. Les demandes des <i>amici curiae</i> .....	91
5.2.4. Les incertitudes et les inquiétudes reliées à la participation des <i>amici curiae</i> .....	93
5.2.3. Les notes d'interprétation de la Commission du libre-échange de l'ALÉNA .....	95
5.3. Conclusion : .....	96
CONCLUSION.....	99
 APPENDICE A	
CAUSES ENTENDUES AUX TERMES DU CHAPITRE 11 DE L'ALÉNA .....	104
BIBLIOGRAPHIE : .....	107

## LISTE DES ABRÉVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES

<b>ADPIC</b>	Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce
<b>ALE</b>	Accord de libre-échange bilatéral (entre le Canada et les États-Unis)
<b>ALÉNA</b>	Accord de libre-échange nord-américain (NAFTA)
<b>ALI</b>	Association pour le droit international (International Law Association)
<b>ANACDE</b>	Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement
<b>ANACT</b>	Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail
<b>CCE</b>	Commission pour la coopération environnementale
<b>CCI</b>	Chambre de commerce internationale
<b>CCIDE</b>	Comité pour le commerce, l'industrie et le développement d'entreprise
<b>CCPM</b>	Comité consultatif public mixte
<b>CIRDI</b>	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (ICSID)
<b>CNUDCI</b>	Commission des Nations unies pour le droit commercial international (UNCITRAL)
<b>GATT</b>	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce
<b>IISD</b>	Institut international pour le développement durable (IISD)

<b>IUCN</b>	Union internationale pour la conservation de la nature et des ressources
<b>MTBE</b>	Méthyle-tertiobutyle éther (ou éther méthyltertiobutylique)
<b>OCDE</b>	Organisation pour la coopération économique et le développement
<b>OÉA</b>	Organisation des États américains
<b>OMC</b>	Organisation mondiale du commerce
<b>ONG</b>	Organisation non gouvernementale
<b>ONGE</b>	Organisation non gouvernementale en environnement
<b>ONU</b>	Organisation des Nations unies
<b>SACO</b>	Substances appauvrissant la couche d'ozone
<b>SEDUEL</b>	Secrétariat pour le développement urbain et environnemental ( <i>Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología</i> )
<b>SEMARNAP</b>	Secrétariat de l'environnement, des ressources naturelles et des pêches ( <i>Secretaría del Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca</i> )
<b>UNECE</b>	Commission économique pour l'Europe des Nations unies
<b>UPS</b>	United Parcel Services of America Inc.

## RÉSUMÉ

La confidentialité est un avantage indéniable de l'arbitrage commercial international. Il s'agit effectivement d'une des principales raisons pour laquelle les gens d'affaires à travers le monde en ont fait un forum privilégié pour la résolution de leurs différends commerciaux. En fait, la confidentialité, et corollairement le caractère privé des procédures, peuvent se justifier par la volonté de deux parties privées en conflit d'éviter une publicité potentiellement défavorable ou dommageable normalement engendrée dans un procès judiciaire. Ils représentent toutefois un problème sérieux lorsqu'un État est une des parties au litige dans le cadre des arbitrages effectués sous le chapitre 11 de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA). Effectivement, puisque l'intérêt public est souvent en cause, les gouvernements peuvent difficilement justifier auprès de leurs citoyens le secret entourant les procédures et les sentences.

Depuis les dernières années, plusieurs corporations transnationales ont utilisé les dispositions prévues par le chapitre 11 pour défier des lois, des politiques ou des règlements environnementaux adoptés légitimement par les pays membres de l'ALÉNA. Cet effet négatif de l'Accord alimente la méfiance de la population nord-américaine par rapport aux avantages présumés de la libéralisation des courants d'investissement. Qui plus est, la confidentialité des procédures entourant le règlement des litiges commerciaux sous le chapitre 11 soulève un important débat se rapportant à la légitimité du processus, particulièrement lorsque les questions en jeu touchent à la protection de l'environnement.

Dans le cadre de ce mémoire, nous définissons la confidentialité et explorons son importance et sa pertinence dans l'arbitrage des différends commerciaux internationaux. De plus, nous proposons d'accentuer la transparence du processus de résolution de conflits contenu dans le chapitre 11 de l'ALÉNA afin de se conformer aux nouvelles exigences du droit international du développement durable.

**Mots clés :** ALÉNA, développement durable, arbitrage international, confidentialité, transparence, participation publique.

**Key-words :** NAFTA, sustainable development, international arbitration, confidentiality, transparency, public participation.

## CHAPITRE INTRODUCTIF :

### ALÉNA, DÉVELOPPEMENT DURABLE ET CONFIDENTIALITÉ

Proclamé par plusieurs analystes comme le traité commercial le plus « vert » de l'histoire lors de son entrée en vigueur le premier janvier 1994, l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA) promettait de devenir l'instigateur d'innovations politiques et institutionnelles en matière de commerce international et de protection de l'environnement. Pourtant, plus d'une décennie après son application effective, le bilan de ses performances environnementales vient assombrir ces espoirs désormais révolus. Les critiques s'attaquent notamment au chapitre 11 de l'Accord qui contient un mécanisme de résolution de conflit permettant aux corporations transnationales de poursuivre un État membre de l'ALÉNA si celles-ci jugent avoir subi des pratiques discriminatoires sans obtenir une compensation équitable en retour.

Les dispositions prévues par le chapitre 11 ont engendré plus d'une vingtaine de plaintes dirigées contre le Gouvernement du Canada<sup>1</sup>, des États-Unis<sup>2</sup> et du Mexique<sup>3</sup>, dont quatre impliquaient directement des législations environnementales considérées comme discriminatoires ou comparables à une expropriation<sup>4</sup>. Ces procès en cours et passés ont non seulement occasionné des dépenses de plusieurs millions de dollars en dommages et intérêts ainsi qu'en frais juridiques, mais ont surtout compromis certaines lois visant à protéger ostensiblement l'environnement, la santé ou la sécurité. De ces poursuites, donc, est née une remarquable opposition du public nord-américain vis-à-vis le nouveau mécanisme de

---

<sup>1</sup> Présentement, trois causes impliquant le Canada sont actives devant les tribunaux arbitraux de l'ALÉNA. Depuis 1994, trois causes ont été résolues, quatre reçues et quatre autres ont été retirées (Affaires étrangères et commerce international Canada, <http://www.dfait-maeci.gc.ca/nafta-alena/>).

<sup>2</sup> Le Gouvernement des États-Unis fait actuellement face à huit litiges en instance au terme du chapitre 11 de l'ALÉNA. Quatre autres différends ont déjà fait l'objet d'une sentence (Affaires étrangères et commerce international Canada, <http://www.dfait-maeci.gc.ca/nafta-alena/>).

<sup>3</sup> Les États-Unis du Mexique sont présentement impliqués dans quatre causes en instances au terme du chapitre 11 de l'ALÉNA. Six litiges ont été résolus et cinq autres notifications ont été reçues (Affaires étrangères et commerce international Canada, <http://www.dfait-maeci.gc.ca/nafta-alena/>).

<sup>4</sup> Les causes ayant impliqué directement des lois environnementales sous le chapitre 11 de l'ALÉNA sont les suivantes : Metalclad Corporation c. les États-Unis du Mexique ; Methanex Corporation c. les États-Unis d'Amérique ; Ethyl Corporation c. Canada ; S.D. Myers c. le Gouvernement du Canada.



résolution de conflit mixte. Plusieurs organisations non gouvernementales (ONG), journalistes et groupes de citoyens manifestent effectivement, depuis l'entrée en vigueur de l'Accord, une opposition virulente aux dispositions du chapitre 11. Le manque de transparence des procédures, le déficit démocratique palpable du processus ainsi que l'affaiblissement de la souveraineté de l'État représentent les principaux griefs portés à l'égard du mécanisme de règlement des différends. Le nombre de documents croissants exprimant des positions dissidentes sur le sujet semble d'ailleurs directement proportionnel à l'augmentation du nombre de plaintes dirigées contre les trois Parties membres de l'ALÉNA au terme de son chapitre 11 (Capling, 2004, p.3). Personne ne s'étonne plus, désormais, de lire dans les journaux des propos semblables :

(...) le nombre réel [de poursuites entamées sous le chapitre 11 de l'ALÉNA] n'est pas connu puisque de telles causes sont inscrites devant un tribunal d'arbitrage des conflits entre les investisseurs et leur pays d'accueil, et ne sont donc pas toutes publiques. L'ALENA n'a pas prévu de clause de divulgation des documents soumis devant de telles instances, si bien que des lois d'intérêt général de trois pays souverains peuvent être contestées et remises en question, à des fins strictement commerciales, derrière des portes closes (Bisson, 1999, extrait du journal *La Presse*).

Their meetings are secret. Their members are generally unknown. The decisions they reach need not be fully disclosed. Yet the way a small group of international tribunals handles disputes between investors and foreign governments has led to national laws being revoked, justice systems questioned and environmental regulations challenged. And it is all in the name of protecting the rights of foreign investors under the North American Free Trade Agreement (De Palma, 2001, extrait du journal *New York Time*).

En vertu du chapitre 11 de l'ALENA, le Canada et les États-Unis se sont interdit d'adopter des règles qui nuiraient aux investisseurs, fussent-elles l'expression de l'intérêt général exprimé démocratiquement. À ce jour, [...] une quinzaine de poursuites ont été intentées par des entreprises qui se savent désormais au-dessus des Parlements et des gouvernements en vertu de l'ALENA. Dans plusieurs cas, les gouvernements ont plié en négociant rapidement pour éviter que le public ne découvre à quel point le traité faisait désormais passer les intérêts privés avant l'intérêt général (Francoeur, 2002, extrait du journal *Le Devoir*).

Ces extraits d'articles de journaux témoignent d'un malaise évident des médias et des citoyens envers le mécanisme de résolution de conflit de l'ALÉNA. En fait, le manque de transparence des procédures constitue une critique souvent formulée à son égard. Ainsi, il est possible de se questionner sur les causes réelles qui confèrent au chapitre 11 une telle réputation.

### 1.1. La problématique générale : l'ALÉNA et l'environnement

Lors de la création de l'ALÉNA, l'objectif principal consistait évidemment à créer une aire de libre-échange se déployant à la largeur du continent. Il s'agissait donc de ratifier un traité qui allait permettre l'élimination des obstacles au commerce, faciliter les mouvements transfrontaliers, favoriser la concurrence et les investissements ainsi qu'implanter les assises d'une coopération trilatérale, régionale et multilatérale en profondeur à l'échelle de l'Amérique du Nord<sup>5</sup>. Le Canada, les États-Unis et le Mexique croyaient que la compétitivité mondiale du continent passait nécessairement par la création d'un bloc économique régional fort et intégré (Gal-Or, 1998, p. 5).

Ainsi, l'entrée en vigueur de l'ALENA et de ses deux accords parallèles<sup>6</sup> le 1er janvier 1994, prolongeait et élargissait l'Accord bilatéral (ALE) entre les États-Unis et le Canada, en plus de créer la plus grande zone de libre-échange au monde (Johnson et Beaulieu, 1996, p. 12). Les négociations entourant la signature du traité furent l'occasion de débats politiques à l'intérieur des trois pays, notamment sur des questions d'ordre environnemental. En fait, les opposants à l'Accord craignaient qu'une libéralisation accrue des échanges commerciaux s'effectuerait au détriment de l'environnement et des conditions de travail. De plus, plusieurs groupes environnementaux exprimaient leurs inquiétudes concernant une possible « course vers le fond » ou un « nivellement vers le bas » relativement aux normes environnementales des pays signataires. Les pressions intenses et très médiatisées effectuées par plusieurs

---

<sup>5</sup> Voir l'Article 102 de l'ALÉNA.

<sup>6</sup> L'accord parallèle sur le travail, soit l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail (ANACT) et l'accord parallèle sur l'environnement, soit l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement (ANACDE).



organisations non gouvernementales en environnement (ONGE) ont mené à l'ajout de provisions environnementales dans le texte fondateur de l'ALENA, en plus de rendre nécessaire la signature de l'Accord parallèle nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement (ANACDE)<sup>7</sup> (Moltke et Mann, 2001, p. 105). À travers ces démarches, l'ALENA a permis de « cristalliser les liens sous-jacents existant entre les accords commerciaux et l'environnement » (Appelton, 1994, p. 192). Toutefois, en incorporant les demandes des ONGE dans un traité de libéralisation des échanges, les négociateurs se retrouvaient en terrain inconnu, ne possédant pas, pour s'inspirer, d'un précédent substantiel dans le domaine (Duncan, 2003, p. 121). Conséquemment, l'implication des ONGE dans les efforts de négociations, ont donné lieu à des résultats sans précédent dans l'histoire des traités d'intégration économique régionaux.

Grâce à ses provisions environnementales, l'ALENA a longtemps été considéré comme un traité « vert ». D'autant plus que ces dispositions représentaient un avancement remarquable par rapport aux références minimales à l'environnement incluses dans l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT). Ainsi, les espoirs de voir émerger une nouvelle forme de gouvernance environnementale en Amérique du Nord, capable d'équilibrer le rôle de l'État et des acteurs économiques dans une économie en croissance, semblaient tout à fait réalistes.

Même si l'ALENA ne contient pas de chapitre portant exclusivement sur l'environnement, plusieurs clauses y font directement référence. De plus, le Préambule de l'Accord cite l'environnement et le concept de développement durable comme un des objectifs fondamentaux des pays signataires :

---

<sup>7</sup> L'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement (ANACDE) cherche à renforcer les lois environnementales de chaque pays signataire, en plus d'assurer la transparence des procédures de participation publique. Selon plusieurs auteurs, la création de l'ANACDE découle davantage de « pressions domestiques américaines que d'une volonté authentique du Canada, du Mexique ou des États-Unis de régler des problèmes environnementaux régionaux » (Beauchamp, 2003, p. 8). Quoi qu'il en soit, l'accord parallèle a surtout permis la mise en place d'une structure trilatérale, la Commission pour la Coopération Environnementale (CCE), institutionnalisant la coopération dans le domaine de l'environnement en Amérique du Nord. La CCE se compose d'un Conseil des ministres de l'environnement des trois pays, d'un Secrétariat, ainsi que d'un Comité consultatif public mixte (CCPM) (Commission pour la coopération environnementale, [www.cec.org](http://www.cec.org)).

Le Gouvernement du Canada, le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement des États-Unis du Mexique, ayant résolu [...] de s'acquitter de tout ce qui précède d'une manière compatible avec la protection et la conservation de l'environnement, [...] de promouvoir le développement durable, [...] et de renforcer l'élaboration et l'application des lois et règlements en matière d'environnement (...). (Accord de libre-échange nord-américain, 1994, Préambule)

En fait, le Préambule stipule que l'ALÉNA doit être mis en œuvre de manière conséquente à des objectifs de protection de l'environnement et de promotion du développement durable, imputant par le fait même une certaine responsabilité aux trois États membres. Ainsi, l'interprétation de l'ALÉNA devrait normalement être influencée par ces objectifs de développement durable. Toutefois, comme le fait remarquer Pamela Duncan (2003), la portée du Préambule de l'ALÉNA demeure limitée : « these provisions in the Preamble set a general tone for mitigating the environmental effects of trade; however, because they are not enforceable, their significance is limited » (p. 123).

Il est intéressant de remarquer que les provisions environnementales du Préambule ne sont pas reprises dans l'Article 102 du chapitre 1 de l'ALÉNA, qui définit les principaux objectifs de l'Accord. Cependant, l'Article 104 spécifie qu'en cas d'incompatibilité, les traités environnementaux internationaux, tels que le Protocole de Montréal<sup>8</sup>, la Convention de Bâle<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Le Protocole sur les substances qui appauvrissent la couche d'ozone ou Protocole de Montréal a été signé le 16 septembre 1987 à Montréal et ratifié le 30 juin 1988. Il est en vigueur au niveau international depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1989. Son objectif consiste à : « Prescrire des mesures de précaution pour réglementer équitablement et éventuellement éliminer toutes les émissions mondiales de substances appauvrissant la couche d'ozone (SACO). À cette fin, les Parties doivent éliminer graduellement la production et la consommation de SACO ainsi que réduire et cesser le commerce de ces substances. » (Protocole de Montréal, 1988, Objectifs ).

<sup>9</sup> La Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination a été signée à Bâle le 22 mars 1989. Ses principaux objectifs consistent à : « faire en sorte que la production de déchets dangereux soit réduite au minimum ; autant que possible, éliminer les déchets dangereux dans leur pays d'origine ; accroître les contrôles en ce qui concerne l'exportation et l'importation de déchets dangereux ; interdire l'expédition de déchets dangereux dans des pays qui n'ont pas les capacités légales, administratives et techniques pour les traiter et les éliminer d'une façon écologique ; assurer une coopération en ce qui concerne l'échange d'information, le transfert de technologie et l'harmonisation des normes, des codes et des lignes directrices » (Convention de Bâle, 1989, Objectifs ).

et la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore<sup>10</sup> prévaudront sur les dispositions de l'ALÉNA. De plus, l'Annexe 104.1 « Accords bilatéraux et autres en matière d'environnement et de conservation » lie aussi les Parties à deux autres accords sur la conservation, soit l'Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant les déplacements transfrontaliers de déchets dangereux, signé à Ottawa le 28 octobre 1986, ainsi que l'Accord entre les États-Unis d'Amérique et les États-Unis du Mexique pour la protection et l'amélioration de l'environnement dans la région frontalière, signé à La Paz, le 14 août 1983.

Le chapitre 7B porte sur les mesures sanitaires et phytosanitaires relatives aux espèces animales, végétales, ainsi qu'aux humains. Dans le cadre de ce chapitre, les États signataires possèdent le droit d'établir leur propre niveau de protection sur la vie, même si celui-ci est plus élevé que les niveaux déjà reconnus par certaines conventions internationales. Les États disposent donc d'une certaine marge de manœuvre, puisque les mesures sanitaires et phytosanitaires plus strictes ne sont pas considérées comme des entraves au commerce. Toutefois, comme le précise Roberto Sanchez (2002), instaurer des normes sanitaires plus exigeantes que celles dictées par les conventions internationales pourrait s'avérer difficile :

« However, establishing any sanitary or phytosanitary measure as level higher than an international norm would be arduous. Article 715(1) requires a number of considerations to a party conducting a risk assessment (scientific evidence, process and production methods, inspection methods and relevant disease) » (p. 1370).

Les États signataires devront aussi tenir compte de « l'objectif qui consiste à réduire au minimum les effets négatifs sur le commerce » (Article 715(3a) en plus d'éviter d'établir des distinctions arbitraires ou injustifiées entre les niveaux de protection recherchés.

---

<sup>10</sup> La Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction ou Convention de Washington, signée à Washington le 3 mars 1973 et modifiée le 22 juin 1979, a pour objectif de « de veiller à ce que le commerce international des spécimens d'animaux et de plantes sauvages ne menace pas la survie des espèces auxquelles ils appartiennent » (Convention sur le commerce international des espèces de faunes et de flores sauvages menacées d'extinction, 1973).

Le chapitre 9 interdit les barrières inutiles au commerce. Il permet toutefois aux Parties d'adopter un niveau de protection considéré comme approprié en vue de la réalisation de leurs « objectifs légitimes touchant la sécurité, la protection de la santé et de la vie des personnes ou des animaux, la préservation des végétaux ou la protection de l'environnement ou des consommateurs » (Article 904(2)).

Or, il faut aussi noter que le principe de transparence semble avoir guidé en grande partie les délibérations entourant la signature du traité de libre-échange. Effectivement, selon le Dr Luis Miguel Diaz, conseiller principal pour le Département des affaires étrangères du Mexique lors des négociations de l'ALÉNA et de l'ANACDE, les représentants des trois pays membres en ont volontairement et explicitement imprégné tous les aspects de l'Accord<sup>11</sup> :

The transparency principle guided the negotiators in their deliberations throughout NAFTA negotiations and permeates all aspects related or derived from NAFTA. [...] Therefore it was agreed that any law, regulation, procedure, requirement or practice, related or derived from NAFTA, should be duly motivated, be congruent with free trade, and to the possible extent, announced and explained to the other Parties in advance. (Diaz, 2001-2002, p. 73-74)

Ainsi, l'Article 102 du chapitre 1 précise que la transparence représente un des principes fondamentaux de l'ALÉNA : « Les objectifs du présent accord, définis de façon plus précise dans ses principes et ses règles, notamment le traitement national, le traitement de la nation la plus favorisée et la transparence (...) ». Dans cette perspective, il devient intéressant de noter que le manque de transparence constitue, tel que mentionné ci-haut, une des principales critiques effectuées à l'égard de l'ALÉNA et du mécanisme de résolution de conflits du chapitre 11. Il faut donc chercher à comprendre les mécanismes et les rouages d'un système qui nuisent à une plus grande transparence et occasionnent ainsi un écart démocratique.

---

<sup>11</sup> « This principle [transparency] was explicitly an understanding among the NAFTA negotiators. Testimony of Dr. Diaz, who was the Legal Advisor of the Mexican Foreign Affairs Department and one of the Mexican negotiators » (Diaz, 2001-2002, p. 74)



## 1.2. La problématique spécifique et le mécanisme de résolution de conflit de l'ALÉNA : De la confidentialité à la transparence

Le chapitre 11 stipule que le règlement des différends entre une entreprise et un gouvernement d'un des trois pays membres de l'ALÉNA doit s'effectuer selon des règles institutionnelles régissant normalement des arbitrages commerciaux privés. Ainsi, les tribunaux arbitraux se forment d'une façon *ad doc*, les juges étant choisis par les parties au litige elles-mêmes<sup>12</sup> et les audiences ayant lieu sous le sceau de la confidentialité. Effectivement, l'approche traditionnelle en droit commercial international implique que les procédures d'arbitrage demeurent confidentielles. D'ailleurs, la confidentialité est perçue comme l'un des principaux bénéfices octroyés par l'arbitrage commercial international (Fracassi, 2001; Bagner, 2001; Trakman, 2002; Tweeddale, 2003). Toutefois, l'existence, la portée et les bases de la confidentialité prennent une autre dimension dans le contexte de conflits internationaux portant sur le libre-échange. Ainsi, la participation d'un État à des procédures d'arbitrages sous le chapitre 11 de l'ALÉNA peut facilement devenir d'intérêt public, notamment lorsque les conflits touchent à des questions d'environnement, de santé ou de sécurité.

Par ailleurs, la confidentialité fait aussi l'objet de débats au sein de la communauté internationale depuis le début des années quatre-vingt-dix<sup>13</sup>. Malgré qu'elle soit considérée

<sup>12</sup> Chacune des parties prenantes au litige doit choisir un arbitre. Un troisième arbitre est choisi conjointement par les deux parties, parmi une liste d'arbitres préalablement déterminée.

<sup>13</sup> Pour plus d'information sur le débat entourant la confidentialité des procédures d'arbitrage commercial international, voir : Raymond, Anjanette. 2005. « Confidentiality, in a forum of last resort? Is the use of confidential arbitration a good idea for business and society ? ». *American Review of International Arbitration*, no 16; Kouris, Steven. 2005. « Confidentiality : Is international arbitration losing one of its major benefits ? ». *Journal of International Arbitration*, vol. 22, no 2, p. 127-140 ; Trakman, Leon. 2002. « Confidentiality in international commercial arbitration ». *Arbitration International*, vol. 18, no 1, p. 1-18 ; Bagner, Hans. 2001. « Confidentiality – A fundamental principle in international commercial arbitration? ». *Journal of International Arbitration*, vol. 18, no 2, p. 243-249 ; Fracassi, Fulvio. 2001. « Confidentiality and NAFTA Chapter 11 arbitrations ». *Chicago Journal of international Law*, vol. 2, p. 213-222 ; Müller, Christophe. 2005. « La confidentialité en arbitrage commercial international : un trompe-l'œil ? ». *ASA Bulletin*, vol 2 (juin), p. 216-240 ; Fortier, Yves L..

comme implicite par plusieurs tribunaux, la confidentialité des arbitrages commerciaux internationaux ne trouve sa source ni dans les conventions internationales, ni dans les législations nationales (Müller, 2005, p. 216). Il apparaît donc normal que son application systématique dans l'arbitrage des litiges commerciaux dans le cadre de l'ALÉNA soit constamment remise en question.

De plus, l'arbitrage mixte tend à susciter des questions d'intérêt général normalement absentes des différends internationaux relatifs aux investissements entre deux parties privées. L'existence, la portée et les bases de la confidentialité prennent donc une tout autre dimension, particulièrement lorsque les arbitres doivent décider à huis clos si l'action d'un gouvernement est compatible avec un traité relatif aux investissements. Évidemment, ces décisions peuvent potentiellement modifier la politique gouvernementale d'un pays, et par extension, influencer la vie de ses citoyens.

Selon Barton Legum (2003), l'émergence du mouvement antimondialiste a contribué à attirer l'attention du public sur les traités d'investissements en général, et plus particulièrement sur les procédures d'arbitrage entre un investisseur privé et un État. En fait, il semblerait que ce soudain intérêt public a fait dévier le débat, portant originalement sur la confidentialité, à un débat autour de la transparence :

(...) the public nature of disputes and the related public interest in the proceedings and the determinations by arbitrators in legal policy matters appear to have shifted the focus from confidentiality to transparency. This shift is particularly visible in dispute under NAFAT Chapitre 11 (...) (Mistelis, 2005, p. 230).

La transparence et, corollairement, la possibilité pour les citoyens d'avoir accès à de l'information juste et pertinente sur les affaires étatiques permet de favoriser et d'encourager leur participation et potentiellement servir de locomotive à la croissance économique et au développement (Jessen *in* Gehring *et al.*, 2005). Il s'agit d'un élément essentiel, non

---

1999. « The occasionally unwarranted assumption of confidentiality ». *Arbitration International*, vol. 15, p. 131-139 ; Brown, Alexis C. 2001. « Presumption meets reality : An exploration of the confidentiality obligation in international commercial arbitration ». *American International Law Review*, vol. 16, p. 969-1025.

seulement à la démocratie, mais aussi au développement durable, comme le souligne le Principe 10 de la *Déclaration de Rio*.

Intégrer les préoccupations du grand public dans les décisions importantes relatives notamment à la santé, la sécurité ou l'environnement, permet de garantir leur caractère inclusif. Le défi est d'autant plus important que la transparence dans les institutions internationales est un élément indispensable, dans un premier temps, à un développement durable, mais aussi, dans un deuxième temps, à la viabilité et la légitimité démocratique de ces mêmes institutions. Il apparaît donc essentiel pour la pérennité du système, d'accentuer la transparence des mécanismes décisionnels, notamment lorsque les questions en jeux touchent à des sujets relatifs à la santé, la sécurité ou l'environnement.

De plus, des mécanismes fondés sur une participation publique accrue doivent parvenir à nouer des liens fiables et durables entre les décideurs et la population. Il faut donc réussir à mieux les appréhender afin qu'ils puissent être considérés comme légitimes à la fois par les participants, par les décideurs et par les investisseurs, en plus de suivre des règles procédurales encourageant l'échange d'information claire et intègre.

Très peu de recherches ont réellement tenté de réconcilier à la fois la protection de la confidentialité, caractéristique essentielle de l'arbitrage commercial, et la transparence, en tant que principe du développement durable, dans le contexte du chapitre 11 de l'ALÉNA. Pourtant, analyser le manque de transparence du mécanisme de résolution des différends du chapitre 11 de l'ALÉNA, sans tenir compte du rôle et de l'importance de la confidentialité dans les procédures d'arbitrage commercial international, revient à omettre la partie la plus importante du problème. Ainsi, cette recherche tentera de répondre à la question suivante : « Dans le contexte des poursuites entamées sous le chapitre 11 de l'ALÉNA, comment concilier les exigences de transparence du droit international du développement durable et la confidentialité des procédures dans l'approche traditionnelle de l'arbitrage en droit commercial international ? ».

Pour y répondre, le mémoire suivant soutient l'hypothèse selon laquelle il est possible de conserver la confidentialité des procédures d'arbitrage entamées en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA, tout en augmentant la transparence du processus, caractéristique essentielle à un développement durable. Le premier chapitre expose la démarche méthodologique adoptée aux fins de la recherche et décrit les difficultés inhérentes à la cueillette de données en arbitrage commercial international. L'étude de cas unique imbriquée permet de porter l'analyse de la confidentialité dans l'arbitrage des conflits du chapitre 11 de l'ALÉNA à différents niveaux d'explication. De plus, en s'inspirant des méthodes d'analyse de contenu et de triangulation des données, l'approche de ce mémoire consiste à produire un examen approfondi, logique et précis du phénomène étudié.

Le deuxième chapitre démontre que la transparence et la participation s'inscrivent comme des éléments clés du droit international du développement durable. Il s'agit donc, en premier lieu, de voir comment le développement durable s'intègre au droit international et en second lieu, de se prononcer sur sa valeur dans le champ disciplinaire juridique global. Ensuite, l'analyse se concentre sur la transparence et la participation en tant que principes légaux étroitement associés au droit international du développement durable et explique l'importance normative de leur intégration dans les traités et les accords multilatéraux.

Le troisième chapitre se penche sur la confidentialité en arbitrage commercial international. Le secret des procédures apparaît, pour plusieurs investisseurs, comme l'avantage principal procuré par ce mode de résolution de conflits. Toutefois, il semble que ni une loi, ni un règlement ne corrobore officiellement l'existence d'une obligation générale de confidentialité s'appliquant à l'arbitrage commercial international. L'analyse de certaines causes internationales connues permet de comprendre le manque de consensus latent des tribunaux entourant la question, telles que *United States c. Panhandle Eastern Corp* ; *Dolling-Baker c. Merrett* ; *Esso Australia c. Plowman* ; et finalement, *Commonwealth d'Australie c. Cockatoo Dockyard Pty. Ltd.*

Le quatrième chapitre expose l'attitude des tribunaux de l'ALÉNA face à la confidentialité des procédures d'arbitrage. À cette fin, l'étude se concentre sur quatre conflits entendus sous



le chapitre 11 de l'Accord et ayant traité de questions relatives à la transparence ou à la participation du public. Il s'agit de Metalclad Corporation c. les États-Unis du Mexique ; Methanex Corporation c. les États-Unis d'Amérique ; The Loewen Group, inc., et Raymond L. Loewen c. les États-Unis d'Amérique ; et enfin United Parcel Services of America, inc., c. le Gouvernement du Canada. Auparavant, une rapide description des dispositions et du fonctionnement du chapitre 11 est présentée.

Le cinquième chapitre propose une réflexion sur l'existence réelle de l'obligation de confidentialité en arbitrage commercial international. De plus, la question du rôle et de la place que devraient occuper la transparence et la participation publique dans le règlement des questions environnementales sous le chapitre 11 de l'ALÉNA est soulevée. D'ailleurs, la discussion porte particulièrement sur les sentences rendues par les tribunaux arbitraux de l'Accord et sur leur potentiel impact sur d'ultérieurs conflits.

# CHAPITRE I

## MÉTHODOLOGIE

### 1.1. Hypothèse de recherche

La recherche suivante soutient l'hypothèse selon laquelle il est possible de conserver la confidentialité des procédures d'arbitrage entamées en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA, tout en augmentant la transparence du processus, caractéristique essentielle à un développement durable. L'unité d'analyse sera le règlement des différends commerciaux sous le chapitre 11 de l'ALÉNA.

On peut distinguer dans cette hypothèse deux énoncés distincts :

- La transparence du mécanisme de résolution de conflits est une caractéristique essentielle à un développement durable ;
- Il est possible d'augmenter la transparence du processus d'arbitrage des causes entendues sous le chapitre 11 de l'ALÉNA tout en conservant la confidentialité des procédures.

### 1.2. Design et approche générale de recherche

La stratégie de recherche<sup>5</sup> adoptée est celle d'une recherche synthétique d'étude de cas unique imbriquée. L'étude de cas peut se comprendre comme étant :

(...) une approche de recherche empirique qui consiste à enquêter sur un phénomène, un événement, un groupe ou un ensemble d'individus, sélectionnés de

---

<sup>5</sup> La définition de stratégie de recherche est la suivante : « l'intégration et l'articulation de l'ensemble des décisions à prendre pour appréhender de façon cohérente la réalité empirique afin de soumettre de façon rigoureuse les hypothèses ou les questions de recherche à l'épreuve des faits » (Contandriopoulos *et al.*, 2005, p. 33).

façon non aléatoire, afin d'en tirer une description précise et une interprétation qui dépasse ses bornes (Roy, 2004, p. 166).

Cette forme d'étude de cas permet de porter l'analyse à différents niveaux d'explication du phénomène (Contandriopoulos *et al.*, 2005, p.38), à partir de la théorie sous-jacente au sujet étudié. L'étude de cas a été préconisée par rapport à d'autres formes de stratégies de recherche pour plusieurs raisons. Tout d'abord, appréhendée dans une perspective inductive, l'étude de cas représente une façon très efficace d'analyser des nouvelles réalités moins connues et mal expliquées par les théories existantes (Roy, 2004, p. 168). De plus, cette approche de recherche permet de rendre compte de manière exhaustive des facteurs décrivant le contexte du phénomène étudié (Roy, 2004, p. 169). Finalement, en plus de sa valeur prédictive, cette étude de cas sur les tensions qui s'opposent dans le contexte des poursuites entamées sous le chapitre 11 de l'ALÉNA, pourra servir de base à une future étude de cas multiples plus exhaustive sur la transparence du règlement des différends commerciaux dans d'autres traités d'intégration économique multilatéraux (Rowley, 2002, p.21).

### 1.3. Collecte et analyse des données

La stratégie de collecte des données adoptée aux fins de cette recherche consiste à multiplier les sources de mesure par la « triangulation des données » (Roy, 2004, p. 177). Cette méthode utilise les informations de plusieurs documents afin de corroborer et de valider les faits étudiés : « Cette triangulation des données permettra au chercheur de combler les lacunes ou biais de chacune des méthodes ou des sources d'information dont il fera usage » (Roy, 2004, p.177). Par ailleurs, la tenue d'un journal de bord, contenant des notes de recherches quotidiennes, des réflexions personnelles, des ébauches d'explication, des descriptions globales ainsi que les difficultés rencontrées, a permis d'assurer au chercheur une prise de conscience de ses biais en plus « d'objectiver sa pensée et ses interprétations » (Roy, 2004, p. 178).

Les documents écrits ont représenté la source principale d'information pour la recherche, et plus particulièrement les documents d'ordre public. En premier lieu, les archives gouvernementales ainsi que les archives juridiques disponibles sur les sites de la Commission pour la Coopération Environnementale en Amérique du nord (CCE) et du Secrétariat de l'ALÉNA ont été considérées comme des sources d'intérêt. Les documents publics non archivés, tels que les monographies, les mémoires ou les thèses, ainsi que les articles de périodiques scientifiques, traitant de près ou de loin au sujet de recherche, ont également été analysés. Il faut mentionner que, dû à la confidentialité des procédures d'arbitrage sous le chapitre 11 de l'ALÉNA, peu d'archives pertinentes sont disponibles pour le chercheur. En effet, les documents accessibles proviennent de sources généralement anecdotiques :

For too long, perception about international commercial arbitration have been driven by anecdotes. Much of our understanding of what happens in arbitration proceedings is based on anecdotal sources of information, such as reported court cases, published arbitral award, and attorney "war stories". (Drahozal, 2003, p, 23)

Toutefois, deux sources principales ont permis d'obtenir de l'information fiable, valide et pertinente pour cette recherche concernant les arbitrages commerciaux internationaux ayant lieu sous le chapitre 11 de l'ALÉNA. Premièrement, les institutions qui administrent les procédures d'arbitrage international, tel que Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) de la Banque mondiale, produisent sur leurs sites Internet quelques statistiques limitées ainsi qu'une liste des conflits en cours. Bien que la grande majorité des informations sur les arbitrages institutionnels demeurent inaccessibles pour les chercheurs et les analystes, certaines institutions publient parfois des détails plus importants, tels que l'origine des parties au litige, le lieu de l'arbitrage choisi, le processus de sélection des arbitres, le montant des réclamations, etc.

La seconde source de données sur l'arbitrage commercial international et le chapitre 11 de l'ALÉNA est la publication de matériel sur les sites Internet des gouvernements des Parties de l'Accord, tel que les sentences finales, la raison des arbitrages en cours, ou encore le choix des règlements institutionnels utilisés. Malheureusement, peu de recherches et de connaissances empiriques sont disponibles sur le sujet. Des efforts pour bâtir un corps de

connaissances sur l'arbitrage commercial international deviennent donc de plus en plus nécessaires : « Although “empirical knowledge about the process [or arbitration and conciliation] and their effectiveness is lagging” efforts are underway to expand that body of knowledge. » (Drahozal, 2003, p. 24).

Afin de produire un discours crédible et scientifiquement valable, les documents étudiés ont été interprétés selon la méthode d'analyse de contenu. Cette approche peut se définir comme : « un ensemble de démarches méthodologiques recourant à des méthodes et des techniques utilisées en fonction d'interpréter des documents dans le but de connaître la vie sociale » (Sabourin, 2004, p. 358). L'analyse du contenu des documents a servi à vérifier ou à infirmer les hypothèses de départ de la recherche. Évidemment, un examen systématique et méticuleux des données trouvées a été effectué (Roy, 2004, p. 179). Aussi, afin d'assurer une analyse logique, méthodique et précise, il a été nécessaire d'incorporer les informations recueillies dans un support singulier : « Il s'agit en quelque sorte de construire une base de données qualitatives qui renfermera les résultats de toutes les sources » (Roy, 2004, p. 179). Une base de données bien organisée a permis d'identifier les lacunes et les pièces manquantes dans les résultats.

Il demeure capital d'user de prudence et de discernement dans l'évaluation des documents analysés. André Cellard (1997) propose cinq dimensions sur lesquelles établir une évaluation critique des informations trouvées. Tout d'abord, une étude exhaustive du contexte social et historique dans lequel a été écrit le document empêche le chercheur d'interpréter son contenu en fonction de valeurs modernes. Aussi, il semble impératif de comprendre la conjoncture politique, économique et culturelle qui entoure la production des documents : « Une bonne compréhension du contexte est donc cruciale à toutes les étapes d'une recherche documentaire, tant au moment de l'élaboration d'une problématique, du choix des pistes à suivre pour découvrir les principaux fonds d'archives que l'analyse comme telle » (Cellard, 1997, p. 256). L'identité de l'auteur et les motifs pour lesquels le document a été écrit doivent aussi être connus. Il s'agit en fait de permettre une évaluation de la crédibilité d'un texte afin de comprendre l'interprétation que fait l'auteur de certains faits ou événements.



Ensuite, le chercheur doit s'assurer de l'authenticité et de la fiabilité du texte afin de connaître la qualité de l'information transmise. Par exemple, Cellard propose de demeurer attentif à la relation présente entre l'auteur et ce qu'il décrit. Aussi, avant de tirer des conclusions, l'analyste doit prendre en considération la nature du texte et de son support : « En effet, l'ouverture de l'auteur, les sous-entendus, la structure d'un texte peuvent varier énormément selon le cadre dans lequel il est rédigé » (Cellard, 1997, p. 258). Finalement, le chercheur doit comprendre les concepts clés ainsi que la logique interne du document étudié. Ce processus permet, entre autres, de comparer plusieurs documents de même nature. Toutes ces dimensions critiques font en sorte d'éviter certaines erreurs méthodologiques souvent rencontrées lors de l'analyse de contenu.

#### 1.4. La sélection des arbitrages étudiés

Afin de répondre aux hypothèses de départ, il est nécessaire d'analyser les décisions concernant la confidentialité des procédures ou encore les demandes de participation d'*amici curiae* prises par les tribunaux d'arbitrage aux termes du chapitre 11 de l'ALÉNA. Plusieurs critères ont permis d'effectuer une sélection pertinente des causes étudiées aux fins de cette recherche.

D'abord, sous le chapitre 11 de l'ALÉNA, les plaignants potentiels doivent présenter au tribunal une notification signalant leur intention de soumettre une plainte. En date du mois de septembre 2006, 43 notifications avaient été enregistrées, soit respectivement 15 contre le Mexique et 14 contre le Canada et les États-Unis<sup>15</sup>. Le premier triage a consisté à identifier parmi ces 43 cas, les plaintes impliquant directement l'application d'une loi ou d'une mesure environnementale. Des 14 notifications qui ont répondu à ce premier critère, trois ont dû être éliminées d'emblée puisqu'elles n'avaient pas été valablement soumises à l'arbitrage et qu'aucunes procédures n'avaient été initiées au-delà de la présentation d'une notification d'intention. Une autre plainte, déposée contre les États-Unis par la société canadienne Glamis

---

<sup>15</sup> Voir l'APPENDICE A à la page 110.

Gold Ltd., est présentement en cours d'arbitrage<sup>16</sup>. Il s'agit d'un cas particulièrement intéressant en terme de participation publique et de transparence dans le cadre d'un conflit concernant une législation environnementale aux termes du chapitre 11 de l'ALÉNA<sup>17</sup>. Toutefois, puisque le cas demeure toujours actif en arbitrage, il a été établi de ne pas en tenir compte pour cette recherche. Par contre, il faut mentionner que cette cause pourrait s'avérer très pertinente et intéressante à analyser dans le cadre d'une étude subséquente similaire.

La seconde étape de classification a été de déterminer si les considérations environnementales des 10 cas restants se trouvaient au centre des plaintes des investisseurs ou si elles se situaient davantage en périphérie de conflits portant fondamentalement sur des intentions de nature purement commerciale. À partir de ce critère, six autres cas ont été retirés de l'analyse. Ainsi, des 14 plaintes ayant impliqué l'application d'une loi ou d'une mesure environnementale, seulement les quatre causes suivantes ont répondu aux critères ci-haut mentionnés :

- Ethyl Corporation c. le Gouvernement du Canada
- Metalclad Corporation c. les États-Unis du Mexique
- S.D. Myers, inc., c. le Gouvernement du Canada
- Methanex Corporation c. les États-Unis d'Amérique

<sup>16</sup> Les audiences ont commencé en juillet 2006.

<sup>17</sup> Glamis Gold Ltd., une compagnie canadienne qui s'occupe de l'exploitation de mines de métaux précieux, a déposé une plainte en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA alléguant que certaines mesures prises par le gouvernement fédéral et par l'État de Californie par rapport à l'exploitation de mines à ciel ouvert contrevenaient aux obligations contractées par les États-Unis et prescrites par les Articles 1110 (expropriation et indemnisation) et 1105 (Normes minimales de traitement) de l'ALÉNA. Les nouvelles normes adoptées par le gouvernement fédéral et par l'État de Californie exigent le remblai et l'évaluation des impacts des activités minières lorsqu'effectuées à proximité de sites sacrés pour les peuples autochtones. Le montant total exigé en compensation par la compagnie Glamis Gold Ltd. dépasserait les 50 millions de dollars américains, selon les informations fournies sur le site Internet du Département d'État des États-Unis (<http://www.state.gov/s/l/c10986.htm>). Le Tribunal a accepté de recevoir une communication écrite de Quechan Indian Nation of Fort Yuma Arizona and California USA. De plus, une demande de participation d'amicus curiae de l'ONGE Friend of the Earth a été soumise au Tribunal saisi de l'affaire (toujours en attente de la décision du Tribunal à ce jour). En date du 1<sup>er</sup> novembre 2006, les ONGE Sierra Club et Earthworks, ainsi que l'association minière National Mining Association ont aussi déposé des soumissions au Tribunal.

Parmi ces causes, uniquement Metalclad et Methanex comportaient des décisions des tribunaux concernant la confidentialité des procédures et des documents écrits pour et pendant l'arbitrage, ou encore, des demandes de participation provenant des tierces parties. Ainsi, ces deux causes ont été choisies pour l'analyse.

De plus, un deuxième triage a été effectué à partir des 43 notifications enregistrées contre les Parties membres de l'ALÉNA. Il s'agissait en fait de vérifier si certaines causes, contenant ou non des considérations d'ordre environnemental, avaient eu à traiter de questions relatives à la transparence des procédures ou à la participation du public, notamment sur la confidentialité du processus, la divulgation de tous documents relatifs à l'arbitrage, la tenue d'audiences publiques, ou sur l'autorisation de présenter des arguments oraux pour un « ami de la cour ». Cette classification a permis de sélectionner deux autres arbitrages passés concernant le chapitre 11 de l'ALÉNA :

- The Loewen Group, inc., et Raymond L. Loewan c. les États-Unis d'Amérique
- United Parcel Services of America, inc., c. le Gouvernement du Canada<sup>18</sup>

Ainsi, les quatre causes analysées aux fins de la présente recherche sont les suivantes :

- Metalclad Corporation c. les États-Unis du Mexique
- Methanex Corporation c. les États-Unis d'Amérique
- The Loewen Group, inc., et Raymond L. Loewan c. les États-Unis d'Amérique
- United Parcel Services of America, inc., c. le Gouvernement du Canada

---

<sup>18</sup> Bien que cette cause demeure toujours active selon les informations disponibles sur le site Internet des Affaires étrangères et commerce international Canada, les décisions des tribunaux par rapport à la confidentialité des procédures et aux demandes de participation écrite ou orale pour les tierces parties ont été prises et rendues publiques. C'est pour cette raison que cette affaire a été considérée pour la recherche, malgré que la sentence finale n'ait pas encore été rendue.



### 1.5. Description des garanties

La recherche effectuée est nécessairement générale, c'est-à-dire qu'elle peut s'appliquer à d'autres phénomènes similaires. La généralisation d'une étude de cas représente une caractéristique essentielle à sa validité : « Generalisation of the case study so that it contributes to theory is important. Generalisation can only be performed if the case study design has been appropriately informed by theory, and can therefore be seen to add to the established theory » (Rowley, 2002, p. 20). Afin d'être valide, aussi, la recherche se base sur un cadre opérationnel cohérent avec la problématique fouillée. Ce processus réduit la subjectivité de l'analyse qualitative. De plus, l'auteur de cette recherche a pris conscience de son biais en tant que chercheur afin d'interpréter et de généraliser correctement les résultats obtenus.

## CHAPITRE II

### LA TRANSPARENCE DES INSTITUTIONS INTERNATIONALES ET LE DROIT INTERNATIONAL DU DÉVELOPPEMENT DURABLE

Depuis quelques années déjà se développe un nouveau concept clé en droit international environnemental, celui du développement durable. Véritable paradigme, le développement durable évoque l'idée d'une intégration du développement économique, des valeurs sociales et de la protection de l'environnement.

Le libre-échange et les investissements étrangers, moteurs essentiels au développement économique des sociétés modernes, peuvent contribuer sensiblement à la promotion, à l'élaboration et à l'accomplissement d'un développement durable. Ainsi, le droit international du développement durable tente entre autres de déterminer comment les traités de libéralisation commerciaux peuvent y arriver. La Déclaration de Rio (1992), par exemple, souligne l'importance de la transparence et de la participation publique dans les processus de prise de décision. Évidemment, la possibilité pour les citoyens d'avoir accès à de l'information juste et pertinente sur les affaires étatiques permet de favoriser et d'encourager leur participation, et potentiellement servir de locomotive à la croissance économique et au développement (Jessen, *in* Gehring et Segger, 1995, p.77).

Théoriquement et en tant que pratique légale, la transparence se réfère, tel un analogisme, à un processus limpide, à travers lequel le flot d'information généré est exprimé distinctement et sans transformation (Mock, 1999-2000, p. 295). La participation publique renvoie à l'implication des citoyens dans le mécanisme de prise de décision, incluant la définition des objectifs politiques, l'échange d'information avec les décideurs, le partage d'idées et l'adaptation de l'appareil étatique aux demandes citoyennes (Taylor, *in* Ginther *et al*, 1995, p. 233).

Le chapitre suivant décrit la place de la transparence et de la participation en droit international du développement durable. Pour ce faire, il est tout d'abord question d'un bref historique du développement durable et de sa signification en droit international de l'environnement. Ensuite, l'origine, la genèse et l'importance de la transparence et de la participation en droit international du développement durable sont explicitées.

## 2.1. Le développement durable : un concept flou ?

La notion d'un « développement durable », provenant au départ d'une idée relativement vague, proposée par L'Union internationale pour la conservation de la nature et des ressources (IUCN) en 1980, s'est transformée en moins de deux décennies en un concept phare pour l'élaboration des politiques publiques de nombreux pays, des grandes sociétés et des organisations internationales (Jamieson, 1998). Une des causes de cet engouement particulier pourrait très bien provenir de l'opportunité politique offerte par l'absence d'une définition unanimement acceptée du concept de développement durable (Cordonier-Segger, 2003-2004; Stone, 1994 ; Gendron et Revéret, 2000 ; Malanczuk, 1995 ; Lélé, 1991; Daly, 1990). Comme le font remarquer Corinne Gendron et Jean-Pierre Revéret en rapportant les propos de Herman Daly, la commission Brundtland aurait volontairement créé les conditions de ce flou terminologique : « la commission Brundtland n'a pas hésité à avancer des prémisses carrément contradictoires dans le but d'assurer la popularité d'un concept dont les implications auraient pu déranger » (Gendron et Revéret, 2000, p.1). Mais au-delà des ambiguïtés définitionnelles, il demeure que le développement durable tend à devenir le nouveau principe régulateur mondial, bouleversant les idées et les conceptions établies.

### 2.1.1. La « Stratégie mondiale pour la conservation »

En 1980, l'UICN publie une « Stratégie mondiale pour la conservation ». Cette stratégie tente d'établir un pont entre les inquiétudes des environnementalistes sur l'impact des activités humaines sur la nature, et entre celles concernant le développement humain. Le

chapitre « Vers le développement durable » identifie les principaux facteurs contribuant à la dégradation de l'environnement : « la pauvreté, la pression démographique, les inégalités sociales et les termes du commerce international ». L'UICN appelle alors les pays à définir, élaborer et adopter une stratégie de développement durable :

« Le chapitre « Vers le développement durable » (...) appelle à l'adoption d'une nouvelle stratégie de développement international ayant pour objectifs le redressement des inégalités, la réalisation d'une économie mondiale plus dynamique et plus stable, la stimulation de la croissance économique et le traitement des pires effets de la pauvreté ». (Union Internationale pour la Conservation de la Nature et des Ressources Naturelles, 1980)

Il s'agit donc de la première référence publique au concept de développement durable. L'UICN va même jusqu'à décrire les trois dimensions principales autour desquelles s'articule son modèle : l'économie, l'environnement et la société. Ces trois facteurs deviendront plus tard les piliers du développement durable.

#### 2.1.2. La commission Brundtland

C'est en 1987 que la Commission mondiale sur l'environnement et le développement<sup>19</sup>, composée de spécialistes en environnement et de hauts fonctionnaires de l'ONU<sup>20</sup>, rend public son célèbre rapport « Notre avenir à tous<sup>21</sup> ». Le document fait valoir que l'environnement ne pourra s'améliorer tant et aussi longtemps que le problème de la pauvreté endémique n'est pas pris en charge. Pour pallier au dilemme entre environnement et

<sup>19</sup> La Commission mondiale sur l'environnement et le développement est communément appelée « Commission Brundtland » du nom de la présidente Mme Gro Harlem Brundtland, docteur en médecine et à l'époque Premier ministre de la Norvège (Rist, 1996, p. 291).

<sup>20</sup> « La commission était composée, selon l'usage, de membres du personnel politique de différents pays, parmi lesquels plusieurs avaient occupé de hautes fonctions dans le système des Nations unies, mais elle comprenait également une quinzaine de personnes directement engagées dans le domaine de l'environnement. » (Rist, 1996, p. 291).

<sup>21</sup> Traduction française de : « Our Common Future » (Commission mondiale sur l'environnement et le développement, 1989).

développement, la commission propose donc le concept de « développement durable »<sup>22</sup>, qu'elle définit ainsi : « Le genre humain a parfaitement les moyens d'assurer un développement soutenable, de répondre aux besoins du présent sans compromettre la possibilité pour les générations à venir de satisfaire les leurs » (Commission mondiale sur l'environnement et le développement, p. 10). Pour y arriver, la commission propose plusieurs « impératifs stratégiques » : la reprise de la croissance ; la modification de la qualité de la croissance ; la satisfaction des besoins essentiels en ce qui concerne l'emploi, l'alimentation, l'énergie, l'eau, la salubrité ; la maîtrise de la démographie ; la préservation et la mise en valeur de la base des ressources ; la réorientation des techniques et la gestion des risques ; et l'intégration des considérations relatives à l'économie et à l'environnement dans la prise de décisions (Commission mondiale sur l'environnement et le développement, p. 58).

Par la suite, plusieurs conférences internationales contribuèrent à alimenter et à populariser le concept de développement durable, notamment le Protocole de Montréal<sup>23</sup> et la Déclaration de Rio<sup>24</sup>. Il faut surtout se rappeler que ces événements majeurs ont permis de sensibiliser la communauté internationale aux problèmes relatifs à l'environnement.

## 2.2. Le droit international du développement durable

Le besoin de développer un droit international du développement durable est apparu officiellement pour la première fois en 1992, dans Agenda 21, un document de 800 pages adopté lors de la Déclaration de Rio (Cordonier-Segger, 2003-2004, p. 1124). Effectivement, les gouvernements signataires reconnaissent, dans le chapitre 39 d'Agenda 21, la nécessité de développer un droit international du développement durable :

<sup>22</sup> Dans la traduction française du rapport Brundtland, (« *Our Common Future* ») on trouve le qualificatif « soutenable » (traduction de « sustainable development ». Ce terme a rapidement été déclassé par l'adjectif « durable ». Il ne sera pas ici question du débat sémantique concernant l'usage des termes « soutenable », « durable », « viable », etc. L'expression « développement durable » sera utilisée dans ce texte.

<sup>23</sup> Le Protocole de Montréal (1987), traite des questions relatives aux substances qui affectent la couche d'ozone.

<sup>24</sup> Le Sommet de la terre (Déclaration de Rio) tenu en 1992 à Rio de Janeiro, est une conférence des Nations unies sur le développement et l'environnement.

« (39.1.) La nécessité de reconnaître que les aspects cruciaux ci-après du processus d'élaboration de traités universels, multilatéraux et bilatéraux devrait être prise en considération :

- a. La poursuite du développement du droit international concernant le développement durable, en accordant une attention particulière à l'équilibre délicat entre les questions relatives à l'environnement et celles relatives au développement ;
- b. La nécessité de préciser et de renforcer les liens entre les instruments ou accords internationaux en vigueur en matière d'environnement et les accords ou instruments pertinents dans les domaines économique et social, en tenant compte des besoins propres aux pays en développement ;  
(...) »

(Agenda 21, 1992, chapitre 39)

En 2002, avec le Sommet Mondial sur le Développement Durable à Johannesburg, la communauté mondiale comprend le besoin d'intégrer les trois composantes du développement durable « économie — environnement — société »<sup>25</sup> en tant que « piliers interdépendants qui se renforcent mutuellement » (Sébastien et Brodhag, 2004, p. 7) . C'est ainsi que les chefs de plus de 140 pays assument la responsabilité collective de « faire progresser, aux niveaux local, national, régional et mondial, le développement économique, le développement social et la protection de l'environnement, piliers interdépendants et complémentaires du développement durable » (Rapport du Sommet Mondial pour le Développement durable, 2002, para. 5). Spécifiquement, dans le Plan d'Application, les leaders politiques mondiaux présents à Johannesburg acceptent de continuer à faire en sorte que « le commerce, l'environnement et le développement s'appuient mutuellement afin de réaliser un développement durable (...) »<sup>26</sup> (Plan d'application du Sommet Mondial sur le Développement Durable, 2002, para. 97).

<sup>25</sup> Cette approche tripartite est souvent représentée par trois cercles distincts, emboîtés également les uns dans les autres.

<sup>26</sup> Au sujet de la situation « post-Johannesburg », voir : Paul Wapner, « World Summit on Sustainable Development : Toward a Post-Jo'burg Environmentalism », *Global Environmental Politics*, numéro 3, 2003, pp. 1-10.



### 2.2.1. Un paradigme intégrateur

Le droit international du développement durable peut se définir comme représentant un corps de textes légaux, de traités et d'instruments internationaux gouvernant l'intersection où se rejoignent le droit environnemental, le droit social et le droit économique (Cordonier-Segger, 2003-2004, p. 1124). Cette forme de droit relativement récente a connu un développement rapide au cours des dernières années :

Though the role of international law in sustainable development is still being defined, much progress has been made in recent decades. Indeed, recent scholarship has identified a growing corpus of legal principles, treaties, and instruments that integrate international environmental, social, and economic law. (Cordonier-Segger, 2003-2004, p. 1124)

Selon Marie-Claire Cordonier-Segger, le développement durable possède une réelle valeur normative et n'apparaît plus seulement comme étant un principe de droit international. Cette notion jouirait en fait d'un statut double dans le champ disciplinaire juridique global. Tout d'abord, le concept de développement durable servirait de norme « interstitielle » (Gehring, Markus *et al.*, 2005, p. 134) en droit public général, dans la mesure où il faciliterait la réconciliation et l'intégration d'autres normes touchant aux domaines socio-économiques et environnementaux. Ainsi, une fois articulées, ces règles « interstitielles » peuvent guider les négociations internationales, les instruments légaux et plus particulièrement, les mécanismes de résolution de conflits des traités multilatéraux, vers une approche cohésive intégrant les trois composantes du développement durable. Les règles et les principes légaux influencés par les normes « interstitielles » constituent donc le corpus de ce qui est désormais de plus en plus connu comme le « droit du développement durable » : « where trade liberalisation rules, as economic development norms, intersect with environmental norms, the concept of sustainable development may play such a role when social development norms are involved » (Gehring, Markus *et al.*, 2005, p. 134).

Ensuite, le concept de développement durable semble devenir un des objectifs principaux d'un nombre croissant de traités de libre-échange, autant au niveau régional qu'au niveau international (Gehring, Markus *et al.*, 2005, p. 135). L'interprétation de ces accords

commerciaux est nécessairement influencée par les objectifs de développement durable, notamment lorsque ceux-ci sont mentionnés dans le Préambule. D'ailleurs, la Convention de Vienne sur le droit des traités<sup>27</sup> prévoit qu'un traité « doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but » (Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969, art. 31).

Par exemple, le développement durable apparaît comme un objectif principal de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC)<sup>28</sup>. Effectivement, dès 1994, la Déclaration de Marrakesh instituant l'Organisation Mondiale du Commerce annonce dans son Préambule que les Parties reconnaissent l'importance d'orienter leurs rapports commerciaux et économiques vers un objectif de développement durable :

« [les Parties au présent accord] reconnaissant que leurs rapports dans le domaine commercial et économique devraient être orientés vers le relèvement des niveaux de vie, la réalisation du plein emploi et d'un niveau élevé et toujours croissant du revenu réel et de la demande effective, et l'accroissement de la production et du commerce de marchandises et de services, tout en permettant l'utilisation optimale des ressources mondiales conformément à l'objectif de développement durable, en vue à la fois de protéger et préserver l'environnement et de renforcer les moyens d'y parvenir d'une manière qui soit compatible avec leurs besoins et soucis

<sup>27</sup> La Convention de Vienne sur le droit des traités est le fruit de la Commission du droit international et de la Conférence de Vienne sur le droit des traités. La Convention codifie plusieurs règles coutumières qui sont applicables aux traités entre États, notamment dans le domaine de leur « conclusion, entrée en vigueur et interprétation, et propose de plus une codification progressive en précisant le régime des nullités et établissant des normes procédurales en matière de nullités. La Convention est particulièrement connue pour son Article 53 qui consacre le concept de norme impérative du droit international général » (Morin, Rigaldies et Turp, 1997, p. 301). La Convention a été adoptée le 22 mai 1969 et est entrée en vigueur le 27 janvier 1980.

<sup>28</sup> L'OMC est une organisation internationale qui s'occupe des règles régissant le commerce entre les pays membres. L'OMC a été instituée à la suite des négociations commerciales multilatérales du Cycle d'Uruguay, en décembre 1993. « Alors que la Déclaration de Marrakesh du 15 avril 1994 et l'Acte final reprenant les résultats des négociations commerciales multilatérales du Cycle d'Uruguay présentent le nouvel encadrement juridique du commerce international, c'est l'Accord de Marrakesh instituant l'Organisation mondiale du commerce (Accord de l'OMC) qui crée la nouvelle organisation internationale et contient en annexe plusieurs accords. L'annexe 1 comprend les accords multilatéraux sur le commerce des marchandises (annexe 1A), l'Accord général sur le commerce des services et annexes (annexe 1B) et l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) (annexe 1C), l'Annexe 2 contient le Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, l'annexe 3 comprend le Mécanisme d'examen des politiques commerciales et l'annexe 4 présente les accords commerciaux plurilatéraux » (Morin, Rigaldies et Turp, 1997, p. 75).



respectifs à différents niveaux de développement économique (...)» (Accord de Marrakesh instituant l'Accord Mondial du Commerce, 1994, p.11).

Quelques années plus tard, la Déclaration de Doha<sup>29</sup> vient démontrer que le développement durable influence de façon manifeste l'interprétation des accords de l'OMC. Effectivement, le paragraphe 6 de la déclaration réaffirme l'engagement des États membres envers les objectifs de développement durable du Préambule des Accords de Marrakech :

Nous réaffirmons avec force notre engagement en faveur de l'objectif du développement durable, tel qu'il est énoncé dans le Préambule de l'Accord de Marrakech. Nous sommes convaincus que les objectifs consistants à maintenir et à préserver un système commercial multilatéral ouvert et non discriminatoire, et à œuvrer en faveur de la protection de l'environnement et de la promotion du développement durable peuvent et doivent se renforcer mutuellement. (Déclaration de Doha, 2001, Para. 6)

D'ailleurs, il faut rappeler que le Préambule de l'ALÉNA cite aussi le concept de développement durable comme un des objectifs fondamentaux des pays signataires<sup>30</sup>.

### 2.3. La transparence et la participation publique : principes de droit international du développement durable

Les principes légaux associés au droit international du développement durable ont été définis par une myriade d'instruments juridiques. Par exemple, la Commission des Nations unies sur

<sup>29</sup> La Déclaration de Doha est la déclaration de la quatrième Conférence ministérielle tenue à Doha en novembre 2001. Elle y prévoit le mandat pour des négociations portant sur plusieurs sujets et travaux, y compris les questions relatives à la mise en œuvre des accords de l'OMC en vigueur. La Conférence ministérielle représente l'organe de décision suprême de l'OMC, établie par l'Accord de Marrakesh instituant l'Organisation mondiale du commerce. Elle doit se réunir au moins une fois tous les deux ans et regroupe tous les membres de l'OMC.

<sup>30</sup> Tel que cité dans l'introduction de ce travail : « Le Gouvernement du Canada, le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement des États-Unis du Mexique, ayant résolu [...] de s'acquitter de tout ce qui précède d'une manière compatible avec la protection et la conservation de l'environnement, [...] de promouvoir le développement durable, [...] et de renforcer l'élaboration et l'application des lois et règlements en matière d'environnement (...). » (Accord de libre-échange nord-américain, 1994, Préambule)

le développement durable (1994)<sup>31</sup> a tenté de déterminer comment le commerce international peut servir le développement durable. Selon le rapport final de la Commission, un changement de paradigme semble nécessaire :

De profonds changements dans les relations économiques et écologiques s'imposent si nous voulons parvenir à une relation satisfaisante entre le commerce et le développement durable. Ces changements doivent se fonder sur un ensemble initial de principes, d'où pourront être tirées de nouvelles règles, ententes et conventions. (Commission des Nations unies sur le développement durable, 1994, p. 7)

La Commission a donc développé sept principes de « droit international du développement durable » qui indiquent la voie à suivre vers une coopération à l'échelle mondiale : l'efficacité et l'internalisation des coûts, l'équité, l'intégrité, la subsidiarité, la coopération, la science et le principe de précaution, et finalement, l'ouverture et la transparence.

Selon la Commission, une plus grande transparence des institutions internationales permettrait d'améliorer nettement les politiques environnementales et commerciales mondiales (Commission des Nations unies sur le développement durable, 1994, p. 39). Toutefois, la participation du public ainsi que la disponibilité de l'information apparaissent comme des conditions essentielles pour y arriver :

Premièrement, que tous les intéressés puissent s'informer complètement, en temps opportun et commodément ; deuxièmement que le public participe aux décisions notamment par le biais des ONG qui s'occupent d'écologie et de développement, des groupements d'industriels et des savants (p. 39).

De plus, relativement aux mécanismes de règlements des différends des institutions internationales, le rapport des Nations unies affirme qu'il devient essentiel de les rendre

---

<sup>31</sup> La Commission des Nations unies sur le développement a mis sur pied l'Institut international pour le développement durable (IISD). Les sept principes ont été développés par un groupe de travail, dirigé par Richard Blackhurst, et incluant Janine Ferretti, Arthur Hanson, Nurul Islam, Konrad von Moltke, H. E. Rubens Ricupero, David Runnalls, H. E. Mohamed Sahnoun et Ema Witoelar (Institut international pour le développement durable, 1994).

transparents, en recourant à la fois à des avis scientifiques et techniques sur leurs conséquences sur l'environnement et le développement ainsi qu'en convoitant les positions du public concerné :

Les mécanismes national et international de formulation des réglementations et de règlement des différends devraient être transparents, recourant, le cas échéant, à des avis scientifiques et techniques sur leurs effets sur l'environnement et le développement et sollicitant les opinions du public intéressé, notamment de spécialistes des domaines impliqués dans les causes traitées. Cette transparence et cette possibilité pour les intéressés de se faire entendre importent aussi lorsqu'il s'agit de commerce. Au minimum, les juridictions compétentes devraient recevoir des communications écrites provenant d'organisations non gouvernementales et publier promptement leurs décisions (p. 40).

Plus récemment, à la suite d'un rapport de la Division des Nations unies sur le développement durable<sup>32</sup>, le Comité sur les aspects légaux du développement durable<sup>33</sup> de l'Association pour le droit international<sup>34</sup> (ALI) a élaboré, lors de la Déclaration de New Delhi, les principes du droit international du développement durable<sup>35</sup>. Parmi ceux-ci figurent les principes de la participation publique et de l'accès à l'information et à la justice :

<sup>32</sup> La Division des Nations unies pour le développement durable du Secrétariat de l'Organisation des Nations unies (ONU) fait partie du Département des affaires économiques et sociales situé à New York. Son rôle consiste à faciliter : « le développement durable en tant que secrétariat fournissant des services fonctionnels à la Commission du développement durable du Secrétariat de l'ONU et au moyen de la coopération technique et du renforcement des capacités aux niveaux international, régional et national. La Commission du développement durable est une instance de haut niveau sur le développement durable, qui examine les progrès enregistrés, assure le suivi et établit des rapports sur la mise en œuvre d'Action 21, du Programme d'action pour le développement durable des petits États insulaires en développement et du Plan de mise en œuvre de Johannesburg aux niveaux national, régional et international. La Commission se réunit annuellement à New York en suivant un cycle d'application de deux ans comprenant une session d'examen et une session directive. » (sur le site Internet de la Division des Nations unies pour le développement durable, <http://www.un.org/french/esa/desa/aboutus/dsd.html> ).

<sup>33</sup> Traduction de « *Committee in Legal Aspects of Sustainable Development* »

<sup>34</sup> L'Association pour le droit international (International Law Association) (ALI) est une agence spécialisée de l'ONU, fondée à Bruxelles en 1873. Ses objectifs sont les suivants : « the study, clarification and development of international law, both public and private, and the furtherance of international understanding and respect for international law » (sur le site Internet de l'Association pour le droit international du développement durable, <http://www.ila-hq.org> ).

<sup>35</sup> Les principes élaborés par lors de la Déclaration de New Delhi sont les suivants : « (1) The duty of States to ensure sustainable use of natural resources; (2) the principle of equity and the eradication of poverty; (3) the principle of common but differentiated responsibilities; (4) the principle of the

Public participation is essential to sustainable development and good governance in that it is a condition for responsive, transparent and accountable governments as well a condition for the active engagement of equally responsive, transparent and accountable civil society organizations, including industrial concerns and trade unions (...). (ILA New Delhi Declaration of Principles of International Law Relating to Sustainable Development, 2 avril 2002)

En fait, les principes de transparence et de participation publique se retrouvent étroitement associés au droit international du développement durable (Tanaka, 2003, p. 159). Dès 1982, la Charte Mondiale pour la Nature des Nations unies déclare que toute personne doit pouvoir bénéficier de l'opportunité de participer aux décisions relatives à l'environnement :

All persons, in accordance with their national legislation, shall have the opportunity to participate, individually or with others, in the formulation of decisions of direct concern to their environment, and shall have access to means of redress when their environment has suffered damage or degradation. (UN World Charter for Nature, 1982, Principe 23)<sup>36</sup>

Par la suite, plusieurs autres déclarations ont permis de réitérer l'importance des principes de participation et de transparence en droit international de l'environnement. Notamment, le Principe 5 de la Déclaration de Tokyo de la Commission Mondiale sur l'environnement et le développement, en 1987, affirme qu'une plus grande participation publique ainsi qu'un libre

---

precautionary approach to human health, natural resources and ecosystems; (5) the principle of public participation and access to information and justice; (6) the principle of good governance; (7) the principle of integration and interrelationship, in particular in relation to human rights and social, economic and environmental objectives » (ILA New Delhi Declaration of Principles of International Law Relating to Sustainable Development, 2 avril 2002).

<sup>36</sup> Voir aussi le principe 16 qui mentionne l'importance de la transparence : « All planning shall include, among its essential elements, the formulation of strategies for the conservation of nature, the establishment of inventories of ecosystems and assessments of the effects on nature of proposed policies and activities; all of these elements shall be disclosed to the public by appropriate means in time to permit effective consultation and participation. » (UN World Charter for Nature, 1982, Principe 16)



accès à l'information doivent nécessairement être encouragés dans la prise de décision touchant à des questions d'environnement ou de développement<sup>37</sup>.

Toutefois, les notions de participation publique et de transparence ont réellement été consacrées en 1992, par le Principe 10 de la Déclaration de Rio :

La meilleure façon de traiter les questions d'environnement est d'assurer la participation de tous les citoyens concernés, au niveau qui convient. Au niveau national, chaque individu doit avoir dûment accès aux informations relatives à l'environnement que détiennent les autorités publiques, y compris aux informations relatives aux substances et activités dangereuses dans leurs collectivités, et avoir la possibilité de participer aux processus de prise de décision. Les États doivent faciliter et encourager la sensibilisation et la participation du public en mettant les informations à la disposition de celui-ci. Un accès effectif à des actions judiciaires et administratives, notamment des réparations et des recours, doit être assuré. (Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, 1992, Principe 10)<sup>38</sup>

Agenda 21 clarifie le Principe 10 de la Déclaration en mentionnant que les particuliers, les groupes et les organisations devraient avoir accès à l'information relative à l'environnement et au développement détenue par les pouvoirs publics, « y compris des informations sur les produits et les activités qui ont ou sont susceptibles d'avoir des incidences sensibles sur l'environnement, ainsi que des informations sur les mesures de protection de l'environnement » (Agenda 21, 1992, chapitre 23).

<sup>37</sup> « Greater public participation and free access to relevant information should be promoted in decision-making process touching on environment and development issues. » (Tokyo Declaration of the World Commission on Environment and Development, 1987, Principe 5)

<sup>38</sup> Les Principes 20, 21 et 22 soulignent l'importance d'assurer une participation active de certains groupes sociaux politiquement sous-représentés dans plusieurs pays et organisations internationales, tels que les femmes, les jeunes et les communautés autochtones : « Les femmes ont un rôle vital dans la gestion de l'environnement et le développement. Leur pleine participation est donc essentielle à la réalisation d'un développement durable. » (Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, 1992, Principe 20); « Il faut mobiliser la créativité, les idéaux et le courage des jeunes du monde entier afin de forger un partenariat mondial, de manière à assurer un développement durable et à garantir à chacun un avenir meilleur. » (Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, 1992, Principe 21); « Les populations et communautés autochtones et les autres collectivités locales ont un rôle vital à jouer dans la gestion de l'environnement et le développement du fait de leurs connaissances du milieu et de leurs pratiques traditionnelles. Les États devraient reconnaître leur identité, leur culture et leurs intérêts, leur accorder tout l'appui nécessaire et leur permettre de participer efficacement à la réalisation d'un développement durable. » (Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, 1992, Principe 22)

Malgré le caractère non contraignant de la Déclaration de Rio, le Principe 10 semble posséder une importance normative considérable, notamment par son intégration dans plusieurs traités subséquents (Mushkat, 2002, p. 187). Effectivement, les impératifs de la transparence et de la participation publique apparaissent dans de nombreux accords internationaux, tels que la Convention des Nations unies sur la diversité biologique (1992)<sup>39</sup>, la Convention cadre des Nations unies sur les changements climatiques (1992)<sup>40</sup>, la Convention des Nations unies sur la lutte contre la désertification (1994)<sup>41</sup>, ou encore dans les conventions de la Commission économique des Nations unies pour l'Europe<sup>42</sup>. Selon Sands et Werksman (1995), un nombre

<sup>39</sup> La notion de participation publique apparaît à l'Article 14 de la Convention : « Chaque Partie contractante, dans la mesure du possible et selon qu'il conviendra : (a) Adopte des procédures permettant d'exiger l'évaluation des impacts sur l'environnement des projets qu'elle a proposés et qui sont susceptibles de nuire sensiblement à la diversité biologique en vue d'éviter et de réduire au minimum de tels effets, et, s'il y a lieu, permet au public de participer à ces procédures » (Convention des Nations unies sur la diversité biologique, 1992, Article 14).

<sup>40</sup> Les notions de transparence et de participation publique apparaissent aux Articles 4 et 12 de la Convention cadre des Nations unies sur les changements climatiques : « (Article 4 (Engagement) 1. Toutes les Parties, tenant compte de leurs responsabilités communes mais différenciées et de la spécificité de leurs priorités nationales et régionales de développement, de leurs objectifs et de leur situation : [...] (i) Encouragent et soutiennent par leur coopération l'éducation, la formation et la sensibilisation du public dans le domaine des changements climatiques et encouragent la participation la plus large à ce processus, notamment celle des organisations non gouvernementales » ; « (Article 12 (Communication d'informations concernant l'application) 1. Conformément à l'Article 4, paragraphe 1, chacune des Parties communique à la Conférence des Parties, par l'intermédiaire du secrétariat, les éléments d'information ci-après : [...] (10) Sous réserve du paragraphe 9 et sans préjudice de la possibilité pour toute Partie de rendre sa communication publique en tout temps, les communications présentées par les Parties en application du présent article sont mises par le secrétariat à la disposition du public en même temps qu'elles sont soumises à la Conférence des Parties. » (Convention cadre des Nations unies sur les changements climatiques, 1992, Articles 4 et 12)

<sup>41</sup> La notion de participation publique apparaît à l'Article 3 (« Principes ») de la Convention des Nations unies sur la lutte contre la désertification : « Pour atteindre les objectifs de la présente Convention et pour en appliquer les dispositions, les Parties sont guidées, entre autres, par les principes suivants : (a) les Parties devraient s'assurer que les décisions concernant la conception et l'exécution des programmes de lutte contre la désertification et/ou d'atténuation des effets de la sécheresse soient prises avec la participation des populations et des collectivités locales, et qu'un environnement porteur soit créé aux échelons supérieurs pour faciliter l'action aux niveaux national et local [...] » (Convention des Nations unies sur la lutte contre la désertification, 1994, Article 3)

<sup>42</sup> La Commission économique des Nations unies pour l'Europe (CENUE) vise à encourager le développement économique à travers les 55 pas membres. La CENUE détient le rôle suivant : « [The UNECE] provides a forum for communication among States; brokers international legal instruments addressing trade, transport and the environment; and supplies statistics and economic and environmental analysis. » (sur le site Internet de la CENUE, [http://www.unece.org/stats/stats\\_f.htm](http://www.unece.org/stats/stats_f.htm))



croissant de traités impose l'obligation aux États signataires d'améliorer la transparence de leur régime :

« An increasing number of international environmental agreements impose positive obligations in states to take measures to improve public education and awareness on environmental matters, and to give due publicity to matters of environmental importance. [...] Principle 10 of the Rio Declaration draws upon commitments adopted in a number of international treaties » (Sands et Werksman, *in* Ginther, Deters et Waart, 1995, p. 185).

Évidemment, la transparence doit nécessairement être couplée au concept de participation puisqu'elle en permet la promotion et rend possible sa réalisation efficace, notamment par la disponibilité et la diffusion d'information en temps opportun. Par la recherche de consensus, le processus de participation permet d'attribuer une certaine forme de pouvoir aux citoyens en les impliquant dans les diverses étapes de la prise de décision, en plus de légitimer leurs craintes et leurs attentes auprès des instances décisionnelles. La Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (1998)<sup>43</sup> qui vise à promouvoir l'implication citoyenne en matière d'environnement prévoit trois « piliers » : le droit d'accès à l'information sur l'environnement ; le droit de participation du public au processus décisionnel ; et le droit d'accès à la justice dans le domaine de l'environnement.

Selon la Convention, le droit d'accès à l'information environnementale permet au public d'obtenir de l'information dans un délai raisonnable, c'est-à-dire lorsque toutes les options et solutions « sont encore possibles et que le public peut exercer une réelle influence » (Convention d'Aarhus, 1998, Article 6.4.). Les institutions possèdent également l'obligation

---

<sup>43</sup> La Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, du nom de la ville danoise où elle a été signée le 25 juin 1998 (ratifiée en février 2002 par 36 États européens et en février 2005 par l'Union européenne, et entrée en vigueur le 30 octobre 2001) est issue des travaux des Ministres de l'environnement des pays membres de la UNECE. Elle s'inscrit dans la mouvance de la Convention de Rio sur le développement durable et vise à encourager la démocratisation dans le domaine de l'environnement.

de renseigner le public sur leur droit de prendre part au processus décisionnel, en plus de devoir collecter et diffuser efficacement les données relatives à l'environnement.

Le droit de s'exprimer et d'être entendu donne aux citoyens un accès privilégié à toutes les étapes de la prise de décision. Les résultats d'une procédure de participation doivent aussi être dûment considérés par les décideurs. Enfin, le droit d'accès à la justice offre au public la possibilité de connaître et de comprendre les procédures d'accès aux mécanismes qui lui permettent de s'exprimer. D'ailleurs, ces démarches judiciaires devraient s'avérer rapides et peu coûteuses pour les plaignants, en plus de posséder une force contraignante pour les fautifs.

Il semble donc que ces trois conditions énoncées dans la Convention d'Aarhus demeurent indispensables dans un premier temps, à la transparence de l'information relative à l'environnement, et dans un second temps, à une participation publique efficace.

## 2.4. Conclusion

Cristallisé par la Déclaration de Rio de 1992, le développement durable est devenu un nouveau paradigme mondial intégrateur aspirant à unifier les aspects économiques, environnementaux et sociaux du développement. Le cautionnement historique de ce concept par la communauté internationale a engendré une transformation en profondeur des politiques et des instruments légaux internationaux (Mayrand et Paquin, juin 2002, p. 1). Ainsi, le développement durable apparaît désormais comme un des objectifs principaux dans le préambule de plusieurs traités internationaux et en influence nécessairement l'interprétation.

La transparence et la participation du public, consacrées par une multitude d'instruments juridiques internationaux, représentent des piliers fondamentaux du développement durable. En outre, la disponibilité, l'intelligibilité et l'accessibilité en temps opportun d'information relative à l'environnement constituent des éléments essentiels de la transparence et de la participation.

Bien que le Préambule de l'ALÉNA propulse le développement durable au premier plan en terme de priorités, son manque de transparence compromet sérieusement la légitimité du mécanisme de résolution de conflit et entache la réputation du traité de libéralisation économique. Les raisons de ce déficit démocratique trouvent leurs origines en grande partie dans la confidentialité des procédures d'arbitrage commercial entre les Parties membres de l'Accord et les entreprises transnationales. Le chapitre suivant analyse l'origine du principe de confidentialité de l'arbitrage commercial et parcourt le débat entourant la question.

### CHAPITRE III

#### LES FONDEMENTS DE LA CONFIDENTIALITÉ EN ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL

La confidentialité est réputée être l'avantage principal de l'arbitrage commercial international. Il s'agit effectivement de la raison première pour laquelle les gens d'affaires à travers le monde en ont fait un forum privilégié pour la résolution de leurs différends commerciaux (Fortier, 1999, p.131). Cependant, aucune loi ni aucun règlement d'autorité ne permet de confirmer explicitement l'existence d'une obligation de confidentialité de l'arbitrage. Implicite présomption, donc, elle semble pourtant récusée par de récentes décisions des tribunaux, des arbitres, et même, parfois, par les parties aux arbitrages elles-mêmes. Comme le remarque Yves Fortier (1999, p. 132), rien ne peut plus être tenu pour acquis en matière de confidentialité de l'arbitrage commercial international.

En fait, la confidentialité, et corollairement le caractère privé des procédures, peuvent se justifier par la volonté de deux parties privées en conflit d'éviter une publicité potentiellement défavorable ou dommageable normalement engendrée dans un procès judiciaire. Par contre, ils constituent un motif moins légitime dans le contexte de conflits transnationaux et publics, soit lorsqu'une des parties au différend est un État, un gouvernement, une entreprise étatique, ou encore une agence publique. La participation d'un État à des procédures d'arbitrage peut facilement devenir d'intérêt public, notamment lorsque les conflits touchent à des questions d'environnement, de santé ou de sécurité. C'est le cas, notamment, du chapitre 11 de l'ALÉNA, qui, de par la confidentialité de ses arbitrages, contribue à conférer une réputation à l'Accord insinuant que ce dernier favorise les intérêts des grandes corporations au détriment des lois et règlements visant à protéger ostensiblement l'environnement.

Le présent chapitre définit la confidentialité et explore son importance et sa pertinence dans l'arbitrage des différends commerciaux internationaux. Tout d'abord, les caractéristiques de l'arbitrage international ainsi que ses avantages pour les entreprises transnationales sont

exposés. La deuxième partie du chapitre étudie la portée des exigences de confidentialité lors du règlement d'un différend. Finalement, la controverse entourant le manque d'autorité explicite justifiant une obligation de confidentialité en arbitrage commercial international est traitée par l'entremise d'une revue de quelques-unes des plus importantes décisions rendues dans ce domaine.

### 3.1. L'arbitrage international

L'arbitrage, en commerce international, connaît un développement important et représente un moyen privilégié de résoudre des conflits naissants des relations économiques transnationales. En fait, l'arbitrage commercial international peut se définir comme étant un « procédé de solutions des litiges commerciaux internationaux qui consiste à confier, par convention, le pouvoir de trancher ces litiges à une ou plusieurs personnes privées » (Béguin, 1987, p. 2)<sup>44</sup>. Il est d'ailleurs à distinguer de l'arbitrage étranger puisqu'il « met en cause les intérêts du commerce international »<sup>45</sup> (Kenfack, 2002, p. 39). Cette internationalité de l'arbitrage est donc établie en fonction de la réalité économique du processus à travers lequel il se réalise. Ainsi, un arbitrage devient international lorsque par l'intermédiaire d'une activité économique transfrontalière, il s'accomplit un transfert « de biens ou de services ; de capitaux ; de technologies ou de personnel. »<sup>46</sup> (Kenfack, 2002, p. 39). Il peut s'agir à la fois du règlement d'un différend entre deux gouvernements souverains relatif à des transactions transnationales, entre deux parties privées commerciales de différentes nationalités ou

<sup>44</sup> Pour les besoins de ce travail, il apparaît important de situer l'arbitrage par rapport à la conciliation. Selon Jacques Béguin (1987), la conciliation ou la médiation consiste à présenter un litige à un ou plusieurs conciliateurs ou médiateurs afin d'en arriver à une solution à l'amiable. La différence principale entre l'arbitrage et la conciliation ou la médiation réside dans la sentence finale : « lorsqu'un arbitre a rendu sa sentence, elle est de plein droit obligatoire pour les parties, qu'elles soient ou non satisfaites. Dans un arbitrage, il peut y avoir un gagnant et un perdant. (...) Dans la conciliation, en revanche, une fois que le conciliateur ou le médiateur a dégagé une solution (...) il doit la faire accepter par les parties. Celles-ci peuvent l'accepter ou non. Si l'une d'elles refuse, tout est à refaire. Si les parties acceptent, la solution devient obligatoire, mais seulement en ce cas. » (p. 3)

<sup>45</sup> Définition préparée par l'arrêt *Hecht* (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 4 juillet 1972, *Hecht*, JDI 1972, p. 843, note B. Oppetit).

<sup>46</sup> « Au contraire, sont indifférents pour caractériser l'internationalité de l'arbitrage, la nationalité des parties, la loi applicable au contrat ou à l'arbitrage ou même le lieu de l'arbitrage » (Kenfack, 2002, p. 39).



finalement, entre un État et une partie privée commerciale étrangère (Brown, 2000-2001, p. 969).

Le contentieux économique qui oppose un État à un ressortissant étranger se nomme « arbitrage transnational »<sup>47</sup> (Burdeau, 1995, p. 9). Cette catégorie hybride d'arbitrage ne se raccorde pas proprement au droit international public, mais se veut plutôt un prolongement de l'arbitrage commercial international, compte tenu de son objet qui consiste à régler un différend relatif à l'interprétation ou à l'exécution d'un contrat commercial (Burdeau, 1995, p. 9).

### 3.1.1. Caractéristiques de l'arbitrage international

Selon le Comité pour le commerce, l'industrie et le développement d'entreprise (CCIDE) du Conseil économique et social des Nations unies, la qualité et l'efficacité du mécanisme de résolution des conflits commerciaux représentent deux aspects particulièrement importants de l'infrastructure d'affaire d'un pays<sup>48</sup>. Les avantages fonctionnels et qualificatifs procurés par l'arbitrage commercial semblent en faire une option de choix pour les investisseurs ou les acteurs internationaux prenant part à un litige. Toutefois, ces réputés avantages méritent d'être nuancés.

En premier lieu, l'arbitrage permettrait d'offrir aux investisseurs une justice moins lente :

<sup>47</sup> « Si l'on envisage la catégorie des litiges portant directement sur des différends économiques ou commerciaux intéressant les États, on peut distinguer deux grandes catégories : d'une part les litiges de caractère général, qui concernent les intérêts d'un secteur économique national pris globalement ou des intérêts économiques généraux comme ceux du commerce en général ou encore ceux afférents à la protection d'une ressource économique spécifique et, d'autre part, les différends intéressant un agent économique précis dans ses relations avec un État étranger. Dans ce dernier cas, l'État demandeur utilisera en principe le procédé de la protection diplomatique, à moins qu'un recours direct ne soit reconnu en faveur de la personne privée contre l'État étranger. Dans la mesure où il s'agit, dans l'un et l'autre cas, de litiges concernant des États, les parties pourront appuyer leurs prétentions sur l'existence, l'interprétation ou l'application de règles de droit international public, qu'il s'agisse de règles générales, s'il en existe, ou de règles découlant d'un traité particulier tel qu'un traité de commerce ou d'établissement ou de protection des investissements. » (Burdeau, 1995, p.4)

<sup>48</sup> Selon le Groupe d'experts sur la révision de la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international de 1961 (30 mars 2002). Voir [http://www.unece.org/trade/ctied/ctied\\_mtg.htm](http://www.unece.org/trade/ctied/ctied_mtg.htm).



« Dans beaucoup de pays, les procès judiciaires sont très longs, parce que les tribunaux sont encombrés et aussi parce que les parties abusent parfois de l'utilisation des voies de recours. Les arbitres, en revanche sont désignés pour un litige et, en principe, ils ne sont pas encombrés. Donc, théoriquement, ils peuvent aller plus vite. C'est vrai globalement. De nombreux témoignages sont rendus en ce sens. Néanmoins, il faut nuancer. » (Béguin, 1987, p. 9)

En pratique, les arbitrages traitent fréquemment de questions délicates et compliquées qui possèdent une grande importance pour les parties prenantes au litige : « il faut donc regarder les choses de près. Il faut des expertises. Les experts demandent du temps pour procéder à leurs travaux » (Béguin, 1987, p. 9). De plus, si une partie refuse d'exécuter de bonne foi la sentence, un recours à la justice étatique devient alors nécessaire.

Un second avantage, souvent mentionné en faveur de l'arbitrage commercial, serait ses coûts relativement peu élevés. Cet avantage semble cependant relatif à la durée de l'arbitrage et aux honoraires exigés par les arbitres : « On estime que l'arbitrage peut être moins coûteux globalement. Malgré les sommes qu'on doit déboursier pour les conseils, pour les arbitres et pour les frais, l'arbitrage peut s'avérer au total moins cher qu'un procès, parce qu'il permet de déboucher plus vite et plus efficacement » (Béguin, 1987, p. 11).

Évidemment, le caractère moins protocolaire ou moins formaliste de l'arbitrage, par rapport à la justice étatique, peut aussi apparaître comme un avantage important. La procédure empruntée est souvent plus souple, et s'apparente donc mieux aux besoins des parties au litige. Toutefois, cette souplesse peut également s'avérer risquée dans certains cas :

« Ce n'est pas par hasard que les procès sont formalistes. On est sûr que les droits de la défense sont respectés, que le principe du contradictoire n'est pas violé. Les parties se sont informées l'une l'autre de leurs intentions. On est certain qu'elles ont été à même de préparer leurs conclusions et de faire valoir leurs droits correctement, normalement. Et chaque fois qu'on atténue le formalisme, il y a un risque. C'est le risque d'une justice plus expéditive, donc d'une moins bonne justice. » (Béguin, 1987, p. 13).

Le quatrième avantage, enfin, résiderait dans la grande discrétion des arbitrages commerciaux internationaux. Effectivement, dans un procès judiciaire, les débats d'ordre public s'accompagnent généralement d'un minimum de publicité<sup>49</sup>. Or, dans un conflit portant sur des questions de nature commerciale, cette publicité peut imposer de très lourdes conséquences aux parties prenantes au litige. Les secrets techniques, par exemple, qui relèvent du savoir-faire ou de la stratégie commerciale risquent d'être révélés (Béguin, 1987, p. 12). De même, une situation financière déficitaire ou précaire, ou encore un produit défectueux pourrait se faire connaître du grand public et ainsi discréditer les parties concernées : « Si, par exemple, le litige porte sur une contestation sur la conformité d'un produit, et si on le règle sur la place publique, le retentissement commercial peut être considérable et le préjudice peut dépasser largement ce qui est l'enjeu du procès » (Béguin, 1987, p. 13).

De la même façon, la publicité engendrée par un procès judiciaire risquerait de détériorer de manière permanente les relations entre les parties :

« Si les parties s'affrontent sur la place publique, si, par exemple, leur litige dégénère en guerre de publicité ou en guerre commerciale, cela risque d'altérer durablement leurs relations. Or, il est une idée qu'il faut bien souligner [...] c'est l'idée, toute simple, qu'un procès survient souvent dans des relations qui sont durables et qui doivent le rester » (Béguin, 1987, p. 13).

La confidentialité, donc, est perçue comme l'avantage principal octroyé par l'arbitrage commercial international (Bagner, 2001 ; Brown, 2000-2001 ; Fortier, 1999 ; Fracassi, 2001 ; Müller, 2005 ; Pryles, 1996 ; Smit *et al.*, 1997 ; Toope, 1990 ; Trakman, 2002 ; Tweeddale, 2003)<sup>50</sup>. Il s'agirait même d'une prérogative décisive pour les acteurs commerciaux impliqués dans un litige :

<sup>49</sup> Cette publicité, selon Jacques Béguin (1987) est « d'ailleurs liée à la notion de justice » (p.12).

<sup>50</sup> Toutefois, une opinion contraire est formulée par Delissa A. Ridgway (1999) : « international arbitration exists largely because there is no real alternative to arbitration (...) international arbitration exists not so much for reason of speed, economy, informality, confidentiality, or equity (...) but because their simply is no other neutral form »

« Confidentiality may be more important to some parties than either speed or economy. [...] These parties would prefer to keep their disputes private thereby avoiding publicity that may hurt their image or benefit their competitors. The confidentiality of arbitral proceedings enables parties to resolve their dispute in private, without media attention, and ensure that the substance of the proceedings will not be disclose » (Rothman, 1994, p.70)

De plus, l'importance des bienfaits apportés par le secret des procédures expliquerait la raison pour laquelle la question du : « coût relatif de l'arbitrage se pose en termes globaux. Les intéressés doivent peser l'ensemble des avantages et des inconvénients » (Béguin, 1987, p. 13). Et la confidentialité des arbitrages représente un argument déterminant pour les parties en conflit dans leur choix d'un mécanisme de résolution des différends.

### 3.2. La confidentialité

Dans le contexte de l'arbitrage commercial international, la confidentialité peut se définir comme étant la protection contre la divulgation à une partie non impliquée au litige (par exemple le grand public) de l'information relative ou révélée pendant un procédé d'arbitrage (Brown, 2000-2001, p. 970). Ce concept doit donc être distingué de la notion de confidentialité en tant que privilège caractérisant la relation entre un avocat et son client.

Il faut de plus établir une distinction entre la confidentialité et le caractère privé des audiences d'arbitrage, qui est le droit de limiter la présence physique d'étrangers ou de tierces parties lors des procédures ou des audiences. Toutefois, ces deux concepts doivent nécessairement, de par leur nature, demeurer directement reliés :

« Confidentiality and privacy are distinct, albeit interconnected, concepts. Privacy means the right of the parties to limit or prohibit the presence of "strangers" at the proceedings, although of course, who constitutes a "stranger" is another definitional problem. Confidentiality refers to the right of the parties to have those who are present at the proceedings not disclose the content or nature of the proceedings. The two concepts are clearly corollaries, since the reason for privacy is a concern for

confidentiality. Confidentiality is impossible without privacy ; privacy is meaningless without confidentiality » (Brown, 2000-2001, p. 972)<sup>51</sup>.

Quels éléments d'un arbitrage peuvent entrer sous la couverture de la confidentialité ? Quelle protection devrait être accordée aux documents produits pendant les procédures, aux témoignages et aux expertises entendues, aux délibérations et même à la sentence du tribunal ? Pour répondre à ces questions, une analyse détaillée des différentes catégories de documents et de l'information enclines à être divulguées pendant un arbitrage s'impose.

### 3.2.1. Existence de l'arbitrage

L'existence même d'un arbitrage peut demeurer secrète dans plusieurs cas<sup>52</sup>. Toutefois, il n'existe pas de règles générales articulées par un tribunal à ce sujet. De plus, la diversité des intérêts des parties au litige peut rendre vain le secret sur le déroulement d'un arbitrage. Effectivement, des considérations financières, éthiques ou statutaires peuvent forcer la divulgation de l'existence d'un arbitrage. Par exemple, le directeur d'une corporation pourrait posséder le devoir et la responsabilité d'informer ses actionnaires de l'occurrence d'un litige aux conséquences potentiellement négatives sur l'état financier de l'entreprise (Brown, 2000-2001, p. 1003). De plus, la confidentialité de l'existence d'un arbitrage se voit aussi limitée par l'impossibilité d'assujettir les tierces parties au secret des procédures : « While the parties to an arbitration may agree to keep the "fact" of the arbitration confidential, and while the arbitrators are bound by ethical considerations to do so, "leaks" are inevitable » (Brown, 2000-2001, p. 1004). Effectivement, un arbitrage commercial international typique peut impliquer des dizaines, parfois même des centaines d'individus (experts, témoins, employés de soutien, sténographes, traducteurs, interprètes, coursiers, adjoints administratifs, etc.) qui ne sont liés par aucune entente de confidentialité (Fraser, 1998).

<sup>51</sup> Voir aussi : Fortier, 1999, p. 131.

<sup>52</sup> Selon Dessemontet (1996), les intérêts divergents des parties à un litige exigent une analyse cas par cas de cette question (p. 62).

Par ailleurs, chaque fois que les tribunaux étatiques doivent intervenir en tant que juges d'appui, afin de faire exécuter une sentence ou encore lors d'une procédure de recours, l'occurrence d'un procès arbitral bascule dans le domaine public (Müller, 2005, p. 226). Ainsi, lorsqu'une des parties au litige engage la justice d'État dans le conflit, toute tentative antérieure ou future pour conserver le secret relatif à l'existence d'un arbitrage devient vaine.

### 3.2.2. Documents établis et documents produits comme moyens de preuve

En général, les documents produits au cours de l'arbitrage ou lors de sa préparation sont protégés par la confidentialité. Il peut s'agir de requêtes d'arbitrage, de procès-verbaux des audiences ou des plaidoiries, de mémoires, ou encore de retranscriptions des témoignages (Müller, 2005, p. 227). Selon l'usage commun, les documents produits comme moyens de preuve<sup>53</sup> pendant l'arbitrage demeurent en général confidentiels, et ne peuvent être divulgués à d'autres fins que celles de l'arbitrage, sauf suite au consentement des parties ou sur une ordonnance d'un tribunal (Müller, 2005, p. 228).

### 3.2.3. Témoignages et expertises

Les individus appelés à témoigner lors d'un arbitrage ne sont habituellement pas reliés à une obligation de confidentialité : « Although arbitrators and parties may encourage fact witnesses to keep their knowledge of the arbitral proceedings confidential, they cannot legally bind such third parties to a duty of confidentiality » (Brown, 2000-2001, p. 1006). De façon analogue, les témoins experts ne sont liés par aucune exigence de confidentialité, mais peuvent cependant en accepter les termes et les conditions par la signature d'un contrat. En fait, ni une loi, ni un règlement institutionnel ne résout spécifiquement la question de la confidentialité des expertises (Müller, 2005, p. 228-229).

---

<sup>53</sup> Aussi appelés documents « historiques » (Müller, 2005, p. 227).



### 3.2.4. Délibérations et sentences

Les délibérations des arbitres demeurent confidentielles (Gaillard, *et al.*, 1999, p. 609-611). Toutefois, ceux-ci peuvent indiquer si la décision finale a été adoptée à l'unanimité ou à majorité (Brown, 2000-2001, p. 1012).

Cependant, les sentences finales en arbitrage commercial international peuvent parfois être divulguées par les médias ou par de tierces parties :

« final arbitral (...) awards are often made public in some form. Often the parties themselves are responsible for an award's disclosure – as when they challenge or enforce the award in national court. » (Brown, 2000-2001, p. 969)

Ainsi, de nombreuses revues publient des sentences en censurant le nom des parties impliquées. Il demeure néanmoins relativement facile pour les lecteurs intéressés de les identifier (Müller, 2005, p. 230).

### 3.3. Le Débat

La confidentialité apparaît inhérente au processus d'arbitrage commercial international. La plupart des spécialistes s'entendent d'ailleurs pour affirmer que l'arbitrage demeure un processus essentiellement privé, malgré qu'il ne soit possible de se référer à une loi ou à un règlement d'autorité pour appuyer cette proposition. Effectivement, la confidentialité est considérée comme implicite puisqu'elle ne trouve sa source ni dans les conventions internationales, ni dans les législations nationales (Müller, 2005, p. 216). C'est toutefois ce manque d'autorité explicite qui fait de la confidentialité un sujet controversé en arbitrage international, comme le remarque Yves Fortier :

« In fact, the principle [ that a duty of confidentiality exists ] —at least, in the absolute form in which it is generally understood by most parties— is more truism than truth [...] basic questions ranging from the nature and scope of the principle, in



law, to its utility, in practice, to its formulation as a rule of arbitral procedure, are highly contentious. » (1999, p. 193)

Même si les parties à un arbitrage commercial international assument la plupart du temps que la cour honorera l'obligation implicite de confidentialité, il semblerait que ce ne soit pas toujours le cas. En effet, loin de faire l'unanimité auprès des arbitres, aucun consensus doctrinal n'a été adopté et plusieurs attitudes judiciaires ont été observées. En voici un exemple :

« In England, the general duty of confidentiality has been upheld by several court decisions. On the other hand, the High Court of Australia considered the English court decisions but concluded that the privacy of the hearing does not give rise to this duty. In addition, in the United States, a federal district court implied that this duty should be based upon the parties "agreement". » (Nakamura, 1999, p. 24)

Afin de comprendre l'envergure et l'importance de ce débat, une brève présentation des décisions les plus importantes rendues dans ce domaine s'impose.

### 3.3.1. United States c. Panhandle Eastern Corp

En 1988, dans l'affaire Panhandle, un Tribunal fédéral américain stipule que sans convention explicite entre les parties ou sans règlement institutionnel le prévoyant, les procédures d'arbitrage commercial international ne peuvent être considérées comme confidentielles (Brown, 2000-2001, p. 976). L'origine de la décision provient d'une demande du gouvernement des États-Unis formulée à l'endroit de la compagnie américaine Panhandle lui ordonnant de produire des documents relatifs à un arbitrage Chambre de Commerce Internationale (CCI)<sup>54</sup> passé, localisé à Genève et opposant une filiale de Panhandle à une société algérienne nommée Sonatrach. Dans cette affaire, la Cour souligne que ni la convention d'arbitrage, ni les règlements applicables ne prévoyaient d'obligation de confidentialité. Le gouvernement américain possédait donc le droit de consulter les

---

<sup>54</sup> Arbitrage qui a lieu selon les règlements de la Chambre de commerce international.

documents demandés. Foncièrement, cette décision signifie que le Tribunal américain a nié implicitement que pouvait exister un principe général de confidentialité s'appliquant à l'arbitrage commercial international (Brown, 2000-2001, p. 976).

### 3.3.2. Dolling-Baker c. Merrett

Dans l'affaire *Dolling-Baker* (1990), la Cour d'appel anglaise statue qu'il existe effectivement une obligation implicite de confidentialité découlant de la nature même de l'arbitrage commercial (Brown, 2000-2001, p. 977). Selon cette décision, l'exigence de confidentialité s'applique aux documents produits pour et lors de l'arbitrage, aux preuves présentées ainsi qu'à la sentence finale. Toutefois, la Cour mentionne qu'il peut exister certaines exceptions à la confidentialité :

« The court must (...) have regard to the existence of the implied obligation (...) If it is satisfied that despite the implied obligation, disclosure and inspection is necessary for the fair disposal of the action, that consideration must prevail. But in reaching a conclusion, the court should consider amongst other things whether there are other and possibly less costly ways of obtaining the information which is sought which do not involve any breach of the implied undertaking. » (*Dolling-Baker c. Merrett*, [1990] 1 W.L.R. 1295 (CA).)

### 3.3.3. Esso Australia Resources c. Plowman

Selon Yves Fortier, l'affaire *Esso Australia Resources c. Plowman* a eu des répercussions juridiques bien au-delà des frontières nationales australiennes : « [*Esso Australia Resources c. Plowman*] crashed like a giant wave —a veritable Australian tsunami— on the shores of jurisdictions around the world. » (1999, p. 134). En fait, la raison de ce « tsunami australien » repose dans la décision de la Cour de déclarer que la confidentialité ne représentait pas un attribut essentiel du processus d'arbitrage. Dans cette perspective, les parties ne pouvaient désormais plus espérer que les éléments inclus dans une procédure arbitrale soient protégés sous le couvert de la confidentialité.

La dispute à l'origine de la décision impliquait la compagnie Esso et le Ministère australien de l'Énergie et des Minéraux. Esso avait déjà entamé deux procédures d'arbitrage en parallèle contre deux compagnies publiques australiennes concernant des ententes d'approvisionnement au gaz naturel. Au moment du déroulement des arbitrages, le Ministère de l'Énergie et des Minéraux, invoquant l'exercice de son devoir, déclare son intention de consulter l'intégralité de l'information dévoilée pendant les procédures, incluant les renseignements commerciaux privés relatifs à la situation financière des entreprises en cause, des coûts de production ainsi que des bénéfices octroyés par la poursuite de leurs activités respectives. Suite à l'objection de la compagnie Esso, le Ministère entame un procès judiciaire devant la Cour australienne :

« [The Minister] initiated court proceedings seeking a declaration that he was entitled to do so. The Minister's application was largely accepted by the trial judge, as well as on appeal, first, to the Appeal Division of the Supreme Court of Victoria and, subsequently, to the Australian High Court. It is the decision of Chief Justice Mason, in the last instance, that has become the subject of controversy. » (Fortier, 1999, p. 135)

La décision du Juge Mason reposait à la fois sur trois idées principales : le statut dans la loi australienne d'une obligation implicite de confidentialité ; l'existence d'une exigence de divulgation pour les autorités publiques ; ainsi que les critères de publication de l'information relative à un arbitrage commercial international d'intérêt public.

Tout d'abord, le Juge Mason soutient qu'en droit australien, l'obligation générale de confidentialité des procédures n'est pas implicite dans la loi et ne fait pas partie de la nature même de l'arbitrage. Il affirme aussi que les parties à un litige qui désirent conserver le secret des procédures peuvent le faire à la condition qu'ils rajoutent une clause à ce sujet dans le contrat d'arbitrage :

« An obligation not to disclose may arise from an express contractual provision. If the parties wished to secure the confidentiality of the materials prepared for or used in the arbitration and of the transcripts and notes of evidence given, they could insert a provision to that effect in their arbitration agreement. (...) such a provision

would bind the parties and the arbitrator. » (*Esso Australia Resources LTD v. the Honorable Sidney James Plowman et al.* (1995), 128 A.L.R. 391 (HC))

Le Juge Mason déclare ensuite qu'il existe certaines circonstances lors desquelles le public et les tierces parties détiennent un intérêt légitime à connaître les éléments principaux qui se seraient dégagés d'un arbitrage impliquant un État. Cette allégation ouvre donc la porte à une exception explicite visant à protéger l'intérêt public :

« Why should the consumers and the public of Victoria be denied knowledge of what happens in these arbitrations, the outcomes of which will affect, in all probability, the price chargeable to consumers by the Public Utilities? » (*Esso Australia Resources LTD v. the Honorable Sidney James Plowman et al.* (1995), 128 A.L.R. 391 (HC))

Selon plusieurs auteurs, cette décision limite grandement la portée de la confidentialité, comme l'indique Patrick Neil « Any party to an arbitration is now enabled to run up the flag labelled "public interest" and to claim the right to (or to assert the duty of) communicate to the public at large confidential disclosures obtained as a result of the arbitral process » (1996, p. 289).

Le dernier aspect du jugement du Juge Mason repose sur les critères de publication de l'information relative à un arbitrage commercial international qui possède un certain intérêt public. Selon ce dernier, les secrets gouvernementaux diffèrent largement des secrets commerciaux ou personnels, et devraient demeurer publiquement accessibles, à moins que les parties au différend puissent démontrer que l'intérêt public n'est pas en cause (Pongracic-Speier, 2001).

Ainsi, le Juge Mason reconnaît qu'il peut exister des raisons légitimes permettant de dépasser l'exigence de confidentialité d'une procédure d'arbitrage commercial international. Toutefois, il ne précise pas quels devraient être les paramètres d'une telle exception de l'intérêt public :

« His decision recognizes that there can be legitimate reasons to override expectations of confidentiality, but fails to set any real parameters for the public interest exception, and fails to provide a well-reasoned basis for the conclusion that, in this case, the public interest demands full disclosure of any and all information arising from the arbitrations. » (Pongracic-Speier, 2001)

#### 3.3.4. Commonwealth d'Australie c. Cockatoo Dockyard Pty. Ltd.

L'affaire *Commonwealth d'Australie c. Cockatoo Dockyard Pty. Ltd.* est un deuxième litige australien qui a causé d'importantes répercussions sur la communauté d'arbitrage commercial international, la décision ayant été rendue deux mois et demi après celle de l'affaire *Esso*.

Il s'agit en fait d'un conflit impliquant la compagnie Cockatoo Dockyard Pty. Ltd. et la Couronne australienne. Entre 1857 et 1990, l'Australie avait loué à la Compagnie Cockatoo Dockyard l'île de Cockatoo afin que celle-ci puisse y bâtir un chantier naval. Au début des années quatre-vingt-dix, insatisfaite des conditions dans lesquelles l'île lui avait été remise et mécontente de certaines conditions non respectées du bail de location, l'Australie poursuit la compagnie et la cause se rend en arbitrage. Pendant les procédures, un journaliste effectue une demande, sur la base de la Loi sur la liberté d'expression de l'Australie de 1982, afin d'obtenir de l'information au sujet de déchets toxiques présents sur l'île de Cockatoo.

En réponse à la demande du journaliste, la compagnie Cockatoo Dockyard demande à l'arbitre de se prononcer afin de réaffirmer la confidentialité des documents relatifs à l'arbitrage en cours. L'Australie, par ailleurs, s'oppose à cette demande alléguant que des restrictions sur la publication de documents concernant l'île de Cockatoo pourraient altérer la libre circulation de l'information possédant un intérêt public, en plus d'empiéter sur les pouvoirs gouvernementaux (Pongracic-Speier, 2001).

Lors de sa sentence, l'arbitre penche du côté de la compagnie Cockatoo Dockyard et réaffirme l'obligation de confidentialité des procédures :



« (...) neither party disclose or grant access to : any documents or other material prepared for the purposes of the arbitration ; any documents or other material, whether prepared for the purposes of this arbitration or not, which reveal the contents of any document or other material which was prepared for the purposes of this arbitration; (a) any documents or material produced for inspection on discovery by the other party for the purposes of these proceedings; or (b) any documents or material filed in evidence in these proceedings. » (*Commonwealth d'Australie c. Cockatoo Dockyard Pty. Ltd.* (1995), 36 N.S.W.L.R. 662 (CA).)

À la suite de cet arrêt, l'Australie décide d'effectuer une plainte à la Cour Suprême de New South Wales, en affirmant que l'arbitre, en rendant sa décision, avait excédé les pouvoirs qui lui étaient conférés, en plus d'interférer de manière déraisonnable avec les droits et les obligations du gouvernement. La cause, rejetée par la Cour Suprême, fut entendue en appel.

Selon la décision de la majorité, présidée par le Juge Kirby, lorsqu'un gouvernement est partie à un arbitrage, l'arbitre ne possède pas l'autorité nécessaire de lui imposer une obligation de confidentialité dans la mesure où celui-ci tente de protéger l'intérêt public. Il est intéressant de noter que, dans cette décision, la validité de l'arbitrage, en tant que mécanisme privé de résolution de conflit, semble implicitement perçue comme dépendante de son acceptabilité par l'État (Pongracic-Speier, 2001). Ainsi, dans sa sentence finale, le Juge Kirby affirme :

« The rule of law requires that the court [...] will define and, where necessary and appropriate, declare the limits beyond which the purported powers in pursuit of private arbitration intrude into competition with other legitimate public and private rights and duties. » (*Commonwealth d'Australie c. Cockatoo Dockyard Pty. Ltd.* (1995), 36 N.S.W.L.R. 662 (CA).)

De plus, le Juge Kirby perçoit la confidentialité de l'arbitrage commercial international comme une question de procédure : « where a government is a party to an arbitration, the arbitrator has no power to make procedural orders imposing an obligation of confidentiality on the government » (*Commonwealth d'Australie c. Cockatoo Dockyard Pty. Ltd.* (1995), 36 N.S.W.L.R. 662 (CA).). Il n'existe toutefois pas de consensus dans la communauté internationale sur la catégorisation de la confidentialité comme étant plutôt procédurale ou

plutôt substantielle. Selon Pongracic-Speier (2001), ce jugement sous-estime grandement la nature de la confidentialité :

« Thus, in light of this finding, which clearly draws the link between confidentiality and the highest form of substantive law for a public actor (its Constitution), it would appear that Kirby initially underestimated or misapprehended the nature of confidentiality issues. Confidentiality and disclosure are not simply matters of procedure, but a more complicated mix of procedure and substance. »

### 3.3.5. *AI Trade Finance Inc. c. Bulgarian Foreign Trade Bank LTD (Bulbank)*

Plus récemment, une approche similaire à celle du procès *Esso* a été adoptée par la Cour Suprême de Suède dans l'affaire *AI Trade Finance inc. c. Bulgarian Foreign Trade Bank LTD*. Lors de sa sentence, la Cour a rejeté le principe selon lequel une obligation de confidentialité est implicite dans la loi. De plus, la Cour réussit à faire une distinction entre différents éléments du processus arbitral, en spécifiant notamment que de révéler l'existence d'un arbitrage demeure très différent que de dévoiler les secrets commerciaux des parties au litige :

« It is likely in many cases that the making public of information in arbitral proceedings could be viewed as a breach of the duty of good faith importance on the parties in relation to each other. In this assessment, great importance should be attached to what kind of information is made public. Thus, it is, for example, likely that information touching on the operations of the parties or its explanation of the action in the arbitration dispute may normally be regarded as more worthy of protection than information that concerns purely procedural issues of a general nature. » (*AI Trade Finance Inc. c. Bulgarian Foreign Trade Bank*, Cas no. T 1092-98, SVEA App.)

## 3.4. Conclusion

L'arbitrage en tant que procédé de résolution des litiges commerciaux internationaux, représente un élément important dans l'infrastructure d'affaire d'un État. La confidentialité

apparaît comme un de ses avantages les plus importants, encore plus peut-être, que la rapidité du processus, que ses coûts relativement bas ou même que son caractère peu formaliste.

L'existence, la divulgation des documents produits comme moyens de preuve, les témoignages, les expertises et même les délibérations et les sentences finales se prêtent à des degrés divers de confidentialité lors des arbitrages commerciaux internationaux. Pourtant, celle-ci ne trouve sa source juridique ni dans les conventions internationales, ni dans les législations nationales. Depuis quelques années, son existence est donc continuellement remise en question par les spécialistes à travers le monde.

Par exemple, dans l'affaire *Panhandle*, la Cour américaine mentionne qu'il faut absolument un accord explicite entre les parties à un arbitrage pour que les procédures soient considérées confidentielles. La Cour d'appel anglaise, quant à elle, décide tout le contraire en statuant dans l'affaire *Dolling-Baker* qu'il existe réellement une obligation générale de confidentialité émanant de la nature même de l'arbitrage commercial international. D'autre part, les Cours australiennes jugent que le secret des procédures ne fait pas partie des attributs intrinsèques liés à l'arbitrage (affaire *Esso*) et qu'une exception de l'intérêt public pourrait s'appliquer lorsqu'un État est partie à un litige (affaire *Cockatoo Dockyard*). Ces décisions illustrent qu'il n'existe pas encore de consensus, ni doctrinal, ni jurisprudentiel, dans ce domaine. La section suivante examine ce problème sous l'angle spécifique du chapitre 11 de l'ALÉNA.

## CHAPITRE IV

### LE CHAPITRE 11 DE L'ALÉNA ET LA CONFIDENTIALITÉ

Depuis les dernières années, plusieurs corporations transnationales ont utilisé les dispositions prévues par le chapitre 11 pour défier des lois, des politiques ou des règlements environnementaux adoptés légitimement par les pays membres de l'ALÉNA. Cet effet négatif de l'ALÉNA alimente la méfiance de la population nord-américaine par rapport aux avantages présumés de la libéralisation des courants d'investissement. Qui plus est, la confidentialité des procédures entourant le règlement des litiges commerciaux sous le chapitre 11 soulève un important débat sur la légitimité du processus, particulièrement lorsque les questions en jeu touchent à la protection de l'environnement.

Le chapitre suivant analyse la manière dont est abordée la confidentialité dans le mécanisme de règlement des différends prévu par le chapitre 11. À cette fin, quatre arbitrages de l'ALÉNA ayant traité de questions relatives à la transparence des procédures ou à la participation du public sont examinés. Il s'agit de *Metalclad Corporation c. les États-Unis du Mexique* ; *Methanex Corporation c. les États-Unis d'Amérique* ; *The Loewen Group, inc., et Raymond L. Loewen c. les États-Unis d'Amérique* ; et enfin *United Parcel Services of America, inc., c. le Gouvernement du Canada*. Mais tout d'abord, une brève description des dispositions spécifiques du chapitre 11 sera présentée.

#### 4.1. Le chapitre 11 de l'ALÉNA

Une des particularités de l'ALÉNA réside dans le fait qu'il renferme trois mécanismes de résolution de conflits différents. Le premier, inclus dans le chapitre 20, s'applique aux litiges potentiels entre un État et un autre État et vise à prévenir ou à régler un contentieux qui toucherait l'interprétation, l'application ou le non-respect d'une Partie aux obligations

découlant de l'Accord (Article 2004). Le second mécanisme, compris dans le chapitre 19, prévoit le règlement des différends entre deux membres en matière de droits antidumping et de droits compensateurs. Finalement, le chapitre 11 régleme les investissements et encadre la résolution de potentiels conflits entre un État et un investisseur.

Le mécanisme de résolution de conflit contenu dans le chapitre 11 de l'ALÉNA est souvent décrit comme un appareil novateur et progressiste, offrant une protection rarement égalée aux investisseurs provenant des trois pays membres de l'Accord. Pourtant, il est aussi dépeint comme un nouvel instrument juridique au service des intérêts des grandes corporations multinationales menaçant, par le fait même, le pouvoir régulateur de l'État. Tous s'entendent toutefois pour affirmer avec convictions qu'il s'agit de la plus vaste concentration de droits et de pouvoirs jamais concédée à des investisseurs étrangers dans le cadre d'un accord international. Quoi qu'il en soit, le mécanisme de résolution de conflit du chapitre 11 est certainement révolutionnaire en ce sens où il fait de l'ALÉNA le premier traité à caractère multilatéral offrant aux entreprises la possibilité de poursuivre un État membre en accédant directement à un tribunal arbitral d'ordre international<sup>55</sup>. Il a d'ailleurs influencé et servi de modèle à d'autres accords commerciaux qui ont adopté des dispositions similaires visant à promouvoir et à protéger les investissements étrangers, tel que le Traité pour la Charte de l'Énergie<sup>56</sup> et le Protocole de Colonia sur la protection et la promotion réciproque des investissements au sein du MERCOSUR<sup>57</sup>. La section suivante offre une vue d'ensemble non exhaustive des provisions du chapitre 11 et explique le fonctionnement de son mécanisme de règlement des différends.

---

<sup>55</sup> L'accès pour un investisseur à un tribunal arbitral international existait avant l'ALÉNA uniquement dans le cadre de traités d'investissement bilatéraux seulement (Dumberry, 2001, p. 151; Gal-Or, 1998).

<sup>56</sup> Le traité a été adopté par la Conférence sur la charte de l'énergie le 24 avril 1998.

<sup>57</sup> Le Protocole de Colonia pour la promotion et la protection réciproque des investissements au sein du MERCOSUR a été adopté le 17 janvier 1994 dans le contexte du Traité d'Asunción qui a créé le MERCOSUR, un accord d'intégration économique régionale des marchés de l'Amérique du Sud (Argentine, Brésil, Paraguay et Uruguay).



#### 4.1.1. L'objectif du chapitre 11 de l'ALÉNA

Afin de réussir à promouvoir, à augmenter ainsi qu'à protéger les investissements sur les territoires des trois Parties (Article 102(1)), les négociateurs de l'Accord ont inséré à l'intérieur de l'ALÉNA un mécanisme permettant la résolution pacifique de conflit entre une entreprise étrangère et un État. Corollairement, une compagnie ou un individu provenant d'un des trois pays membres du traité peut désormais entamer une poursuite contre un gouvernement s'il possède des raisons de croire que ses droits prévus au terme des dispositions de l'ALÉNA n'ont pas été respectés. L'adoption de ce mécanisme permettait au Canada ainsi qu'aux États-Unis de protéger leurs investisseurs désirant s'implanter au Mexique<sup>58</sup>, tandis qu'il octroyait à ce dernier une chance inouïe d'attirer des investissements sur son territoire<sup>59</sup> (Sanchez, 2002, p. 1371).

La Section A du chapitre 11 établit une liste d'obligations pour les Parties incluant des questions relatives au traitement national, au traitement de la nation la plus favorisée, aux normes minimales de traitement, aux prescriptions de résultats, aux transferts ainsi qu'à l'expropriation et à l'indemnisation. La Section B prévoit un mécanisme de résolution de conflit pour les désaccords touchant aux obligations contenues dans la Section A.

<sup>58</sup> Les relations entre le Mexique et les États-Unis ont longtemps été marquées par de fréquentes disputes concernant le traitement des investisseurs étrangers, notamment sur la nationalisation de compagnies d'huile Américaine en 1938 par le gouvernement de Lazaro Cardenas del Rio. De plus, la Constitution mexicaine contient une clause stipulant que les Cours de justice locales possèdent la juridiction finale sur les disputes impliquant des étrangers. Ainsi, comme le fait remarquer Ann Capling (2004) : « While the Salinas government was committed to liberalising the economy, American officials worried that there could easily be return to a more traditional approach to foreign investment. » (p.6).

<sup>59</sup> Selon Ann Capling, le Canada était le moins favorable des trois Parties à l'adoption du chapitre 11 : « Canada was the least enthusiastic, a consequence of the historical Canadian ambivalence towards foreign direct investment from the United States ; Ottawa's preference was for the investment regime in the Canada-US Free Trade Agreement that had come into force on 1 January 1989. The Mexican government of Carlos Salinas de Gortari was the keenest to embrace an investor-friendly regime, complete with tight disciplines, in order to attract investment, particularly from the US, entrenching the neoliberal reforms Salinas had introduced as a means of maintaining civil peace. For its part, the United States was torn. On the one hand, the administration of George H.W. Bush shared the Salinas vision of increasing Mexican wealth as a means of building stability and prosperity – and dealing with a mounting migration problem on the southern border. On the other hand, an overly-friendly investment regime in Mexico ran the risk of attracting capital – and thus employment – away from the US. At the same time, however, Washington was committed to ensuring that American investors were protected against discriminatory expropriation by Mexican authorities. » (p. 6)

Finalement, la Section C du chapitre 11 définit les termes et les principes qui délimitent la portée de l'application du chapitre 11.

#### 4.1.2. Qui peut porter plainte ?

Un investisseur d'une Partie peut soumettre une plainte à l'arbitrage en vertu du chapitre 11 s'il considère avoir subi des pertes ou des dommages causés par un manquement aux obligations d'une autre Partie (Article 1116(1))<sup>60</sup>. Selon l'Article 1139, un « investisseur d'une Partie » désigne une entreprise d'État, un ressortissant ou une entreprise<sup>61</sup> de cette Partie qui « cherche à effectuer, effectue ou a effectué un investissement ».

#### 4.1.3. La portée du chapitre 11 de l'ALÉNA

Un des aspects les plus étonnants du chapitre 11 repose dans le caractère très large de sa portée et de son champ d'application, qui vise à offrir la plus grande protection possible aux investisseurs (Dumberry, 2002, p. 63). Dans l'ensemble, le chapitre 11 s'applique aux mesures « adoptées ou maintenues » par une Partie relative à un investissement effectué par un « investisseur d'une autre Partie » (Article 1101(1)).

---

<sup>60</sup> De plus, selon l'Article 1117, un investisseur d'une Partie qui agit au non d'une entreprise d'une autre Partie « qui est une personne morale que l'investisseur possède ou contrôle directement ou indirectement, peut soumettre à l'arbitrage, en vertu de la présente section, une plainte selon laquelle l'autre Partie a manqué à une obligation ». Par ailleurs, une entreprise qui n'est pas incorporée sur un territoire d'une des Parties de l'ALÉNA peut tout de même soumettre une plainte par l'entremise d'une de ses filiales installée sur le territoire d'une des trois Parties en vertu du Chapitre 11, et ce, sous certaines conditions : « une Partie pourra refuser d'accorder les avantages de présent chapitre à un investisseur d'une autre Partie qui est une entreprise de cette autre Partie et aux investissements de cet investisseur si les investisseurs d'un pays tiers possèdent ou contrôlent l'entreprise et que l'entreprise ne mène aucune activité commerciale importante sur le territoire de la Partie où elle est légalement constituée ou organisée » (Article 1113(2)). Une Partie peut aussi refuser d'accorder les avantages procurés par le chapitre 11 à un investisseur d'un pays tiers si elle « n'entretient pas de relations diplomatiques avec le pays tiers » ou si elle « adopte ou maintient, à l'égard du pays tiers, des mesures qui interdisent les transactions avec l'entreprise ou qui seraient violées ou tournées si les avantages du présent chapitre étaient accordés à l'entreprise ou à ses investissements » (Article 1113(1)).

<sup>61</sup> Selon l'Article 201(1), le terme « entreprise » désigne « toute entité constituée ou organisée légalement, à des fins lucratives ou non, et possédée par le secteur privé ou le secteur public, y compris toute société, fiducie, société de personnes, entreprise individuelle, coentreprise, ou autre association ».

La section A du chapitre 11 énumère les obligations auxquelles sont tenues les Parties de l'ALÉNA. Ainsi, les Articles 1102 « Traitement national » et 1103 « Traitement de la nation la plus favorisée » garantissent que les gouvernements de chacun des trois pays membres accorderont aux firmes et aux investisseurs d'une autre Partie, un traitement analogue que celui qu'ils accordent à leurs propres firmes ou investisseurs. Essentiellement, ces Articles permettent d'assurer qu'aucune entreprise ne recevra un traitement préférentiel de la part d'un gouvernement dans chacun des pays membres de l'ALÉNA. Ce traitement devra d'ailleurs respecter les normes minimales prévues, être non discriminatoire en plus d'être conforme au droit international (Article 1105).

L'Article 1106 « Prescriptions de résultats » interdit aux Parties d'imposer à une firme étrangère de s'associer à des partenaires domestiques, d'exporter une quantité donnée de produits ou de services, de réinvestir une partie de ses profits à l'intérieur du pays, d'acheter des produits sur son territoire, de lier le volume des importations au volume des exportations, de transférer une technologie ou un procédé de fabrication exclusif à une personne située sur son territoire, etc. L'Article 1110 « Expropriation et indemnisation », quant à lui, protège les investisseurs contre l'expropriation, en interdisant aux Parties de nationaliser un investissement effectué sur son territoire par un investisseur provenant d'un autre pays membre de l'ALÉNA.

Par ailleurs, le chapitre 11 soutient aussi qu'« aucune disposition (...) ne pourra être interprétée comme empêchant une Partie d'adopter, de maintenir ou d'appliquer une mesure (...) qu'elle considère nécessaire pour que les activités d'investissement sur son territoire soient menées d'une manière conforme à la protection de l'environnement » (Article 1114 (1)). De plus, le chapitre 11 interdit aux Parties d'encourager l'investissement en adoucissant les mesures nationales se rapportant à la santé, à la sécurité ou à l'environnement

#### 4.1.4. Les conditions pour soumettre une plainte en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA

Deux conditions générales s'appliquent afin qu'un investisseur puisse soumettre une plainte : une Partie doit avoir manqué à une obligation prescrite par la section A du chapitre 11, et

l'investisseur doit avoir subi des « pertes ou des dommages en raison ou par suite de ce manquement » (Article 1116). Il existe aussi six autres « prés-conditions » au dépôt d'une réclamation valide au terme du chapitre 11 de l'ALÉNA (Dumbery, 2002, p. 65) :

- L'investisseur doit soumettre une plainte à l'arbitrage dans un délai de trois ans à partir de la date à laquelle le manquement allégué et la perte ou le dommage ont été subis (Article 1116(2));
- Avant la soumission officielle d'une plainte, les parties contestantes devraient s'efforcer de la régler au préalable, soit par la consultation ou par la négociation (Article 1118);
- Afin de favoriser la consultation et la négociation entre les parties au litige, la plainte doit être soumise à l'arbitrage après que six mois se soient écoulés à partir de la date d'occurrence des événements qui ont donné lieu à la plainte.
- L'investisseur doit remettre à la Partie contestante une notification écrite expliquant son intention de soumettre une plainte à l'arbitrage en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA au moins 90 jours avant le dépôt de la plainte (Article 1119).
- L'investisseur doit consentir à l'arbitrage conformément aux modalités établies par l'ALÉNA dans son chapitre 11 (Article 1121(a)).
- L'investisseur doit renoncer à ses droits « d'engager ou de poursuivre [...] des procédures se rapportant à la mesure de la Partie contestante présumée constituer un manquement » à ses obligations visées par le chapitre 11, devant un tribunal administratif ou judiciaire et au terme de la législation interne d'une Partie contestante (Article 1121(1)(b))<sup>62</sup>.

---

<sup>62</sup> À l'exception d'une « procédure d'injonction, d'une procédure déclaratoire ou d'un autre recours extraordinaire ne supposant pas le paiement de dommages-intérêts, entrepris devant un tribunal administratif ou judiciaire aux termes de la législation de la Partie contestante » (Article 1121(1)(b)).



#### 4.1.5. Les règlements d'arbitrage institutionnels

Un investisseur qui allègue que les obligations en matière d'investissement de son pays d'accueil prescrites aux termes du chapitre 11 de l'ALÉNA n'ont pas été respectées, peut choisir, à son gré, un mécanisme d'arbitrage parmi les règlements institutionnels suivants : le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) de la Banque mondiale ; le Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI ; ou encore les règles d'arbitrage de la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (règles de la CNUDCI). Chacune de ces conventions prévoit des obligations différentes en matière de confidentialité.

Les règlements institutionnels choisis par l'investisseur régiront l'arbitrage, sauf dans la mesure où ils sont modifiés par les dispositions prévues par le chapitre 11 de l'Accord. Par exemple, l'Article 1123 limite à trois le nombre d'arbitres et prévoit une procédure pour leur nomination<sup>63</sup>. De plus, l'Article 1128 permet aux Parties de l'ALÉNA qui ne sont pas impliquées dans le litige, de présenter à un tribunal arbitral des conclusions sur des questions d'interprétation de l'Accord.

##### *4.1.5.1. Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements et la confidentialité*

Le CIRDI de la Banque mondiale est une organisation publique internationale créée dans l'intention de prodiguer des modalités de médiation et d'arbitrage aux différends relatifs aux investissements impliquant des États et des ressortissants d'autres États<sup>64</sup>. Le champ d'application du CIRDI se retrouve dans l'Article 25 (1) de la convention :

<sup>63</sup> L'Article 1123 prévoit que chacune des Parties au litige choisie un arbitre et que le troisième, qui sera l'arbitre en chef, est nommé « par entente entre les parties contestantes ».

<sup>64</sup> « La Convention de Washington du 18 mars 1965 visait, dans le contexte politiquement très délicat de la décolonisation, à encourager l'arbitrage pour le règlement des différends opposant un investisseur privé à un État étranger, afin de contourner les appréhensions des investisseurs vis-à-vis du recours aux tribunaux de l'État contractant ou des risques liés à l'immunité de juridiction de ce dernier. Le consentement écrit et préalable des parties au différend constitue le fondement de la compétence du CIRDI. On sait que l'Article 25 de la Convention de Washington subordonne la compétence du CIRDI à une double condition de consentement : celui des États en présence d'abord, par la ratification préalable de la Convention de Washington par l'État de l'investisseur et par l'État partie au différend



« La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un État contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre État contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre » (CIRDI, avril 2006, Article 25(1)).

Le recours à l'arbitrage sous le règlement du CIRDI demeure entièrement volontaire. Toutefois, une fois que les parties y ont consenti, elles se trouvent liées par la convention et doivent se soumettre à la sentence rendue. Ainsi, l'État, en agréant par la signature du traité de se soumettre à l'arbitrage du CIRDI, s'engage, par la clause de soumission obligatoire, vis-à-vis d'investisseurs potentiels et nécessairement inconnus d'avance et contre lesquelles il ne possède pas le droit d'entamer lui-même des procédures d'arbitrage<sup>65</sup>.

Par ailleurs, le Mécanisme supplémentaire du CIRDI permet à son Secrétariat d'administrer des procédures qui ne se trouvent pas dans le champ de compétences du Centre. Il s'agit des procédures suivantes :

« (i) des procédures de constatation des faits ; (ii) des procédures de conciliation ou d'arbitrage pour le règlement de différends relatifs aux investissements surgissant entre des parties dont l'une n'est ni un État contractant ni le ressortissant d'un État contractant ; et (iii) des procédures de conciliation ou d'arbitrage entre des parties dont l'une au moins est un État contractant ou le ressortissant d'un État contractant, pour le règlement de différends ne résultant pas directement d'un investissement, à

---

et, d'autre part, le consentement spécifique des parties au litige en vue de soumettre leur différend au CIRDI, ce consentement pouvant résulter soit d'une clause du contrat d'investissement conclu entre l'investisseur et l'État d'accueil, soit le compromis établi entre eux lors de la survenance du litige » (Burdeau, 1995, p.11).

<sup>65</sup> « On se trouve en présence d'une situation quelque peu déséquilibrée et en tout cas inhabituelle dans le cadre de l'arbitrage traditionnel, dans laquelle le déclenchement de la procédure est à la disposition d'une seule des parties (l'investisseur) et non pas des deux puisque seul l'État a accepté par le traité de se soumettre à l'arbitrage du CIRDI vis-à-vis de n'importe quel investisseur ressortissant de l'autre partie qui en ferait la demande. La rencontre des consentements, nécessaire, selon l'Article 25 de la Convention de Washington, pour soumettre le différend au CIRDI, s'opère non pas par un accord entre les parties au litige, mais pas la décision de l'investisseur de bénéficier d'une offre générale, permanente et non individualisée de se soumettre à l'arbitrage. Il s'agit là d'une procédure de soumission à un règlement obligatoire tout à fait originale et qui est en un sens sensiblement plus contraignante pour l'État que la formule de la clause facultative d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour Internationale de Justice avec laquelle on pourrait être tenté d'établir un parallèle. » (Burdeau, 1995, p.15).

condition que la transaction sous-jacente ne soit pas une transaction commerciale ordinaire. » (CIRDI, Règlement du mécanisme supplémentaire, avril 2006, Article 2).

Le CIRDI tient un registre public, des nouvelles demandes d'arbitrage présentées au Centre, des arbitrages en cours ainsi que des arbitrages passés. Ce registre, accessible via le site Internet du CIRDI<sup>66</sup>, contient le nom des parties au litige, ainsi qu'une description du différend. Toutefois, malgré que le Centre ne peut publier les sentences sans la permission des deux parties, il semblerait que la majorité des décisions, sinon les principales règles juridiques mises en œuvre par les arbitres, soient rendues publiques :

« Le Secrétariat du CIRDI encourage les parties aux différends à divulguer les sentences en les publiant sur le web et dans la revue *Foreign Investment Law Journal*. Statistiquement, dans environ la moitié des affaires, le CIRDI est autorisé par les parties à publier la sentence. Cependant, lorsqu'une partie n'autorise pas la publication de la sentence par le CIRDI, l'autre partie fait généralement en sorte qu'elle soit publiée par d'autres sources comme *International Legal Materials*, le *Journal du droit international* ou les rapports du CIRDI. » (OCDE, 2005, p.6).

De plus, conformément à l'Article 48(4) du règlement d'arbitrage du CIRDI, si le Centre n'obtient pas le consentement des parties pour la publication des sentences, il peut néanmoins inclure des extraits des règles juridiques appliquées par les Tribunaux.

#### 4.1.5.2. La Commission des Nations unies pour le droit commercial international et la confidentialité

Ayant comme mandat de promouvoir l'uniformisation progressive du droit du commerce international, la CNUDCI cherche à diminuer les disparités entre les diverses lois nationales le régissant.

Au sujet de la confidentialité, la CNUDCI prévoit simplement que l'audience doit se dérouler en privé, sauf sur entente contraire des parties prenantes au litige (Müller, 2005, p. 221).

<sup>66</sup> À l'adresse suivante : [www.worldbank.org/icsid/index.html](http://www.worldbank.org/icsid/index.html).

Toutefois, les règlements de la CNUDCI ne contiennent aucune restriction quant à la liberté de rendre publiques certaines informations relatives aux procédures d'arbitrage, et ce en autant qu'il y ait un consentement mutuel des parties (Fracassi, 2001, p.217). La CNUDCI ne propose donc pas de règles détaillées en matière de confidentialité.

#### 4.1.6. La sentence finale

Le tribunal arbitral de l'ALÉNA ne peut pas demander à un gouvernement de modifier sa réglementation, ses lois ou encore, ses politiques (Dumbery, 2002, p. 69). En fait, l'Article 1135(1) stipule que le tribunal doit uniquement accorder des dommages pécuniaires (et des intérêts) ainsi qu'exiger la restitution de biens.

Un jugement rendu par un tribunal possède une force obligatoire entre les parties prenantes au litige et à l'égard de celui-ci (Article 1136(1)). Évidemment, chacune des Parties doit assurer l'exécution de la sentence finale sur son territoire, et ce, dans les plus brefs délais (Article 1136(2)(4)). Finalement, un investisseur contestant peut revendiquer le respect de la décision arbitrale finale en vertu de la Convention pour le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), de la Convention de New York<sup>67</sup> ou de la Convention inter-américaine sur l'arbitrage commercial international<sup>68</sup>.

#### 4.2. La confidentialité et les poursuites entendues sous le chapitre 11 de l'ALÉNA

Le chapitre 11 de l'ALÉNA prévoit certaines mesures concernant la confidentialité des procédures d'arbitrage. L'Article 1126 (13) autorise le Secrétariat de l'ALÉNA à maintenir un registre public des demandes d'arbitrage présentées en vertu des règlements du CIRDI ou

---

<sup>67</sup> La Convention de New York de 1958 est une convention importante pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Tous les pays de l'ALÉNA y ont adhéré : les États-Unies en 1970, le Mexique en 1971 et le Canada en 1986.

<sup>68</sup> La Convention inter-américaine sur l'arbitrage commercial international a été signée à Panama, le 30 janvier 1975. Elle a été adoptée par l'Organisation des États américains (OÉA) et reproduit pour l'essentiel les dispositions de la Convention de New York.

de la CNUDCI. Les Articles 1128 et 1129 permettent l'accès à des tierces parties (mais limité aux deux autres États membres de l'ALÉNA) aux documents établis et produits comme moyens de preuve portant sur des questions d'interprétation de l'Accord.

Rien dans le chapitre 11 ne force une partie à publier les sentences, et celles-ci demeurent généralement confidentielles (OCDE, 2005, p. 6). Toutefois, l'annexe 1137.4 de l'ALÉNA stipule que lorsque le Canada ou les États-Unis sont parties au différend, ils peuvent publier la sentenc. Par ailleurs, lorsqu'il s'agit du Mexique, la publication d'une sentence se produit aux termes des règles institutionnelles applicables.

Normalement, les procédures d'arbitrage ne devraient pas être ouvertes aux tierces parties qui ne sont pas des États membres de l'ALÉNA. Toutefois, certains tribunaux ont accepté la participation d'*amici curiae* ou amis de la cour<sup>69</sup>. Un bref survol des décisions concernant la confidentialité des procédures ou encore les demandes de participation d'*amici curiae* prises par les tribunaux d'arbitrage sous le chapitre 11 de l'ALÉNA s'impose afin de comprendre les nouvelles évolutions qui se font jour à cet égard.

#### 4.2.1. Metalclad Corporation c. États Unis du Mexique

À la fin des années quatre-vingt-dix, la compagnie américaine Metalclad, impliquée dans l'exploitation d'une installation de traitement de déchets dangereux et d'un dépotoir sur le sol mexicain, décide de poursuivre le gouvernement du Mexique en invoquant une contravention aux Articles 1105 et 1110 de l'ALÉNA. Plusieurs des faits entourant la plainte demeurent controversés. Toutefois, la plupart des sources corroborent les éléments qui suivent (Cronin, 2002 ; ICSID, 2000 ; Pongracic-Speier, 2001 ; Cour Suprême de Colombie Britannique, 2001).

---

<sup>69</sup> Les communications des « amis de la cour » ou d'*amici curiae* sont des communications présentées à la Cour par des demandeurs non parties au litige qui peuvent démontrer qu'ils possèdent un intérêt substantiel pour les conséquences de la conclusion d'un procès : « a person or entity who has no direct legal interest at stake in the dispute at hand may submit an unsolicited report to the court about factual circumstances in order to facilitate the court's ability to decide the case » (Umbricht, 2001, p. 778).

En 1990, la compagnie mexicaine *Confinamiento Tecnico de Residuos Industriales, SA de CV* (Coterin) obtient l'autorisation fédérale de construire et d'opérer un dépotoir dans la vallée de La Pedrera dans l'état de San Luis Potosi. La zone touchée se veut rurale et très peu peuplée. Toutefois, l'entreposage illégal de milliers de barils de déchets dangereux sur le site, pousse le gouvernement à forcer l'arrêt des opérations de la compagnie. Deux ans plus tard, Coterin demande aux autorités environnementales fédérales mexicaines<sup>70</sup> un nouveau permis lui permettant de continuer ses opérations sur le même site, lequel lui est accordé.

En 1993, la compagnie américaine Metalclad achète Coterin. Elle se voit toutefois confrontée à de vives protestations des citoyens locaux, opposés à la réouverture du dépotoir et ne peut poursuivre ses activités. À la fin de l'année 1995, l'Agence environnementale fédérale mexicaine<sup>71</sup> signe une entente avec Metalclad lui permettant d'opérer le dépotoir à la condition que soient retirées du site les 20,000 tonnes de déchets dangereux laissées par Coterin et que soient adoptées certaines mesures environnementales plus sévères.

Quelques semaines après la signature de l'entente, le Conseil de la ville de Guadalcázar refuse d'accorder le permis municipal de construction nécessaire à Metalclad et émet une plainte au gouvernement fédéral, contestant la validité de l'accord contracté avec l'entreprise américaine. La municipalité entreprend aussi des procédures judiciaires et gagne une injonction interdisant les activités de Metalclad. Pendant l'année 1996, certaines négociations s'opèrent sans succès entre la compagnie, les responsables fédéraux et les responsables locaux. Finalement, le 2 janvier 1997, Metalclad décide d'entamer des poursuites contre le Mexique en invoquant le non-respect de ses droits prévus au terme du chapitre 11 de l'ALÉNA.

Le Tribunal arbitral de l'affaire Metalclad, après examen, a jugé que le Mexique avait failli à ses obligations prescrites aux Articles 1105 et 1110 du chapitre 11 de l'ALÉNA, soit respectivement d'offrir un traitement juste et équitable aux investisseurs d'autres États

---

<sup>70</sup> *Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología* (SEDUEL) ou Secrétariat pour le développement urbain et environnemental.

<sup>71</sup> Elle porte maintenant le nom de : *Secretaría del Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca* (SEMARNAP) ou Secrétariat de l'environnement, des ressources naturelles et des pêches.



membres, ainsi que de ne pas exproprier directement ou indirectement une entreprise d'une autre Partie sans lui verser préalablement une indemnisation. En appel, la Cour Suprême de Colombie-Britannique entérine la décision du Tribunal arbitral et contraint le Mexique à verser une somme approximative de 16,7 millions de dollars américains à la compagnie Metalclad.

Au début des procédures d'arbitrage (en septembre 1997), le gouvernement du Mexique entame une plainte contre la compagnie Metalclad pour bris de confidentialité. Le Mexique prétend alors que lors d'une conférence téléphonique effectuée le 19 août 1997 par un haut dirigeant de l'entreprise, des informations confidentielles auraient été divulguées à des actionnaires, à des analystes ainsi qu'à d'autres membres du public :

« Mexico filed with the Tribunal for a confidentiality order, pursuant to Article 1134 of NAFTA<sup>72</sup> and Article 28 of the ICSID Additional Facility Rules<sup>73</sup>. Mexico also requested a declaration to the effect that breach of the confidentiality order sought would permit Mexico to request sanctions against Metalclad. In its submissions, Mexico argued that the expectation of confidentiality is implicit in the arbitral process. » (Pongracic-Speier, 2001)

<sup>72</sup> L'Article 1134 de l'ALÉNA prévoit les mesures provisoires de protection suivantes : « Un Tribunal peut prendre une mesure de protection provisoire pour préserver les droits d'une partie contestante, ou pour assurer le plein exercice de sa propre compétence, y compris une ordonnance destinée à conserver les éléments de preuve en la possession ou sous le contrôle d'une partie contestante ou à protéger sa propre compétence. Il ne peut cependant prendre une ordonnance de saisie ou interdire d'appliquer telle ou telle mesure présumée constituer un manquement visé aux Articles 1116 ou 1117. Aux fins du présent paragraphe, une ordonnance comprend une recommandation. ».

<sup>73</sup> L'Article 28 du règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI prévoit les éléments suivants : « Consultation préliminaire concernant la procédure : (1) Aussitôt que possible après la constitution d'un Tribunal, le Président dudit Tribunal s'efforce de déterminer les désirs des parties en ce qui concerne les questions de procédure. A cette fin il peut convoquer les parties et cherche, en particulier, à déterminer leur point de vue sur les questions suivantes : (a) le nombre des membres du Tribunal requis pour constituer le quorum aux séances ; (b) la langue ou les langues devant être utilisées au cours de l'instance ; (c) le nombre et l'ordre des conclusions, ainsi que les délais dans lesquels elles doivent être déposées ; (d) le nombre des copies que chaque partie désire avoir des actes officiels déposés par l'autre partie ; (e) la possibilité de se dispenser de la procédure écrite ou orale ; (f) les modalités de répartition des frais de la procédure ; et (g) la manière dont il est pris acte des audiences. (2) Au cours de l'instance, le Tribunal applique tout accord entre les parties sur les questions de procédure qui n'est pas incompatible avec l'une quelconque des dispositions du Règlement du Mécanisme supplémentaire et du Règlement administratif et financier du Centre. »

En réponse, le Juge rejette complètement la notion selon laquelle la confidentialité est une condition implicite de l'arbitrage commercial international :

« There remains nonetheless a question as to whether there exists any general principle of confidentiality that would operate to prohibit public discussion of the arbitration proceedings by either party. Neither the NAFTA nor the ICSID (additional Facility) Rules contain any express restriction on the freedom of the parties in this respect. Though it is frequently said that one of the reasons for recourse to arbitration is to avoid publicity, unless the agreement between the parties incorporates such a limitation, each of them is still free to speak publicly of the arbitration. It may be observed that no such limitation is written into such major arbitral texts as the UNCITRAL Rules or the draft Articles on Arbitration adopted by the International Law Commission. » (*Metalclad Corporation c. États Unis du Mexique*, Decision on a request by the respondent for an order prohibiting the claimant from revealing information regarding ICSID, 30 août 2000, para. 43)

De plus, le Tribunal mentionne que la compagnie américaine Metalclad possède la responsabilité d'informer ses actionnaires de ses activités, particulièrement lorsque celles-ci pourraient potentiellement influencer la valeur des actions de l'entreprise. Le Juge recommande tout de même de limiter au minimum les discussions publiques sur le litige afin de ne pas nuire aux relations entre les parties :

«The above having been said, it still appears to the Tribunal that it would be of advantage to the orderly unfolding of the arbitral process and conducive to the maintenance of working relations between the parties if during the proceedings they were both to limit public discussion of the case to a minimum, subject only to any externally imposed obligation of disclosure by which either of them may be legally bound. » (*Metalclad Corporation c. États Unis du Mexique*, (Decision on a request by the respondent for an order prohibiting the claimant from revealing information regarding ICSID) (30 août 2000), Cas No. ARB(AF)/97/1.)

Ainsi, le Tribunal rejette l'existence d'un principe implicite de confidentialité dans l'arbitrage commercial international, mais encourage toutefois les parties à user de discrétion pendant les procédures.

#### 4.2.2. The Loewen Group inc. and Raymond L. Loewen c. États-Unis d'Amérique

L'affaire Loewen, amorcée en 1998 sous les règlements du Mécanisme supplémentaire du CIRDI, s'est terminée en juin 2003, après plusieurs années de procédures. Il s'agit d'un cas complexe d'arbitrage, impliquant le groupe canadien Loewen inc. et le gouvernement des États-Unis.

La plainte du groupe Loewen inc. soutenait que la conduite d'une affaire civile au Mississippi concernant une dispute commerciale avec l'entreprise américaine O'Keefe, ainsi que la diminution du cautionnement requis pour le droit d'appel contrevenaient aux obligations du gouvernement des États-Unis au terme du chapitre 11 de l'ALÉNA. Selon le plaignant, les États-Unis avaient violé les Articles 1102 (traitement national)<sup>74</sup>, 1105 (norme minimale de traitement)<sup>75</sup> et 1110 (expropriation et indemnisation)<sup>76</sup> de l'Accord.

En mai 1999, les États-Unis demandent au Tribunal la permission d'ouvrir au public les procédures d'arbitrage. Le Groupe Loewen inc. consent à rendre accessibles les documents relatifs au différend, mais uniquement après la conclusion du contentieux. Selon la compagnie, non seulement les parties se voyaient soumises à une obligation implicite et générale de confidentialité, mais le Mécanisme supplémentaire du CIRDI et les règlements de l'ALÉNA contenaient eux aussi des restrictions concernant la publication de documents pendant les procédures d'arbitrage.

---

<sup>74</sup> L'Article 1102 garantit que les gouvernements de chacun des trois pays membres accorderont aux firmes et aux investisseurs d'une autre Partie, un traitement analogue que celui qu'ils accordent à ses propres firmes ou investisseurs. Essentiellement, cet Article permet d'assurer qu'aucune entreprise ne recevra un traitement préférentiel de la part d'un gouvernement dans chacun des pays membres de l'ALÉNA.

<sup>75</sup> L'Article 1105 garantit que les gouvernements des trois pays membres de l'ALÉNA accorderont aux investisseurs des autres Parties un traitement conforme au droit international, c'est-à-dire, entre autres, « un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité intégrale ».

<sup>76</sup> L'Article 1110, quant à lui, protège les investisseurs contre l'expropriation, en interdisant aux trois Parties de nationaliser un investissement effectué sur son territoire par un investisseur provenant d'un autre des pays membre de l'ALÉNA.

Le Tribunal saisi de la question décide en septembre 1999 de rejeter la demande des États-Unis en alléguant que selon les règlements du Mécanisme supplémentaire du CIRDI, l'information sur les procédures arbitrales ne peut être rendue publique sans le consentement des deux parties au litige. Il souligne aussi que cette interdiction de publication s'adresse particulièrement au Tribunal, mais a été interprétée dans l'affaire Metalclad comme étant également destinée aux parties.

Toutefois, le Tribunal refuse l'argument de la compagnie Loewen inc. selon lequel les parties seraient soumises à une obligation générale de confidentialité :

« In an arbitration under NAFTA, it is not to be supposed that, in the absence of express provision, the Convention or the Rules and Regulations impose a general obligation on the parties, the effect of which would be to preclude a Government (or the party) from discussing the case in public, thereby depriving the public of knowledge and information concerning government and public affairs. » (*The Loewen Group inc. and Raymond L. Loewen c. États-Unis d'Amérique*, Decision on hearing of respondent's objection to competence and jurisdiction, 5 janvier 2001, para. 49)

Comme pour l'affaire Metalclad, le Tribunal rejette l'existence d'un principe implicite de confidentialité s'appliquant à l'arbitrage transnational, mais exhorte toutefois les parties à limiter la divulgation de l'information relative à l'arbitrage au strict nécessaire :

« The Decision concluded by repeating the comment made by the *Metalclad* Tribunal, namely that it would be of advantage to the orderly unfolding of the arbitral process if during the proceedings the parties were to limit public discussion to what is considered necessary. » (*The Loewen Group inc. and Raymond L. Loewen c. États-Unis d'Amérique*, Decision on hearing of respondent's objection to competence and jurisdiction, 5 janvier 2001, para. 59)



#### 4.2.3. Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique

L'affaire Methanex est un conflit commercial entre la compagnie canadienne Methanex Corporation (Methanex), un des plus importants fabricants mondiaux de méthanol<sup>77</sup> (un composant clé utilisé dans la production d'un additif pour l'essence nommé l'oxyde de tert-butyle et de méthyle (MTBE)<sup>78</sup>), et entre le gouvernement des États-Unis. Il s'agit d'ailleurs d'un des cas les plus récents et les plus complets relatif à la confidentialité dans l'arbitrage mixte international.

En 1999, Methanex intente une poursuite au terme du chapitre 11 de l'ALÉNA<sup>79</sup> en réponse à la décision d'un gouverneur californien d'interdire le MTBE, une substance potentiellement dangereuse pour la santé et la sécurité ainsi que pour l'environnement<sup>80</sup>. Toutefois, selon la

<sup>77</sup> Le méthanol, ou alcool méthylique (ou alcool de bois) est un composé chimique (CH<sub>3</sub>OH) utilisé comme solvant, antigel ou comme carburant.

<sup>78</sup> « Le méthyle-tertiobutyle éther (MTBE), aussi appelé éther méthyltertiobutyle ou 2-méthoxy-2-méthylpropane, est une substance liquide incolore, volatile et inflammable synthétisée pour usages commerciaux; il n'existe pas à l'état naturel dans l'environnement. Le MTBE s'utilise le plus communément en mélange avec l'essence afin d'augmenter l'indice d'octane et de réduire les émissions de monoxyde de carbone. Cette utilisation est répandue d'un bout à l'autre du pays depuis 1986, mais elle n'est pas obligatoire comme c'est le cas aux États-Unis. » (Recommandations canadiennes pour la qualité des eaux, février 2005).

<sup>79</sup> Il s'agit d'une poursuite totalisant un montant supérieur à un milliard de dollars américains (OCDE, avril 1995, p. 10).

<sup>80</sup> En octobre 1997, l'Université de Californie se voit confier le mandat d'effectuer une étude relative à l'évaluation des risques sur l'environnement et sur la santé humaine de l'utilisation du MTBE, comparativement à d'autres combustibles à base de méthyle ou d'éthanol. Les résultats des recherches ont démontré qu'il y avait des risques significatifs pour la santé humaine reliés à la contamination de l'eau par le MTBE. Le rapport final de l'étude recommandait donc le retrait du MTBE des carburants dans lesquels il était utilisé, notamment à cause de son potentiel cancérigène pour les humains (ICSID, 2005, part II.D., paras. 8-11). Selon Environnement Canada : « Le MTBE pénètre dans l'environnement à partir de réservoirs souterrains non étanches, lors de déversements qui surviennent pendant sa fabrication et son transport, et à partir des résidus laissés par l'utilisation des véhicules et des embarcations à moteur. Les données recueillies de 1994 à 2002 indiquent que les rejets qui surviennent sur place dans les installations de fabrication et de transformation canadiennes et qui aboutissent dans l'environnement atteignent en moyenne 121 tonnes par année. C'est en 1999 qu'est survenu le plus important rejet sur place de MTBE (171 tonnes). On s'attend à une réduction des quantités rejetées à mesure que le traitement et l'utilisation de cette substance diminueront (...). À cause de sa grande volatilité, le MTBE libéré dans l'environnement se retrouve sous forme de gaz dans l'atmosphère. Il est également hautement soluble dans l'eau et peut donc conduire à une contamination importante des réserves d'eau potable souterraines. Le MTBE a un goût fort qui rappelle l'odeur de la



compagnie Methanex, cette interdiction se voulait arbitraire et injuste, et représentait donc une violation à l'Article 1105 (norme minimale de traitement) et 1110 (expropriation et indemnisation) de l'ALÉNA.

En août 2000, l'Institut international pour le développement durable<sup>81</sup> (IIDD) remet une pétition au Tribunal arbitral chargé de l'affaire Methanex réclamant que leur soit accordé le statut d'*amicus curiae* : « The purpose of this Petition is to request permission to submit an *Amicus Curiae* brief to the Tribunal on critical legal issues of public concern in the arbitration between Methanex Corporation and the United States of America » (*Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique*, Application for Amicus Standing, IISD, 25août 2000, p. 2). De plus, une pétition identique réalisée par une coalition de groupes environnementaux américains<sup>82</sup> est déposée au Tribunal quelque mois plus tard.

Les deux pétitions réclamaient l'autorisation de déposer des communications écrites au Tribunal sur l'affaire en instance et d'obtenir une copie de tous documents relatifs aux procédures d'arbitrage nécessaires à leur rédaction, une ordonnance permettant la tenue

---

térébenthine; il peut rendre l'eau imbuvable même à très petites doses (0,015 milligramme par litre d'eau). » (Recommandations canadiennes pour la qualité des eaux, février 2005).

<sup>81</sup> « The International Institute for Sustainable Development (IISD) is a Canadian-based international non-governmental organization originally established by an Act of the Parliament of Canada. The mandat of the IISD is to foster local, regional and international policies and practices in support of the achievement of sustainable development. The IISD has an independent and international Board of Directors. The IISD is a global leader in the field of sustainable development, with a special focus on the linkages between trade and investment on the one hand, and the environment and sustainability on the other. Senior officers of the IISD are regularly consulted by the World Trade Organization and its Director General, the Organization for Economic Cooperation and Development, the North American Commission for Environmental Cooperation (NAFTA's environmental agency) and the United Nations Commission for Sustainable Development. The IISD record of publications and participation in international conferences and processes that link trade, investment and sustainable development is reflected in this unique and ongoing consultative role » (IIDD, 25 août 2000, p. 2).

<sup>82</sup> Les groupes participants sont mentionnés dans l'introduction de ladite pétition : « This amended petition supersedes the petition submitted to the Tribunal on September 6, 2000. By this petition, Communities for a Better Environment ("CBE"), the Bluewater Network of Earth Island Institute ("Bluewater") and the Center for International Environmental Law ("CIEL"; together with CBE and Bluewater, "Petitioners") request permission to participate jointly in this arbitration as *amici curiae*. Petitioners request that, for all stages of this arbitration, such participation include the opportunity to review memorials of the parties and any other submissions or orders in the proceedings, as well as to attend the Tribunal's hearings, and to make oral and written submissions according to a schedule determined by the Tribunal ».

d'audience publique, ainsi que la permission pour un « ami de la cour » de présenter des arguments oraux. Ces demandes se voyaient justifiées par l'importance, pour les citoyens, des questions soulevées par l'arbitrage :

« The legal issues raised in this case are of immense public importance. The claim of Methanex under Article 1105 raises both procedural and substantive issues concerning how a government can make environmental laws and the scope of those laws. The Methanex claim under Article 1110 raises critical questions concerning the definition of the concept of "expropriation" and its relationship to the regulatory function of governments, often referred to under international law as the government's "police powers". [...] The issues in this case are matters of public interest distinct from the commercial issues that arbitration processes normally handle. It is because of this vital public interest dimension that the IISD wishes to submit an *amicus* brief in this case. » (*Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique*, Application for amicus standing, IISD, 25août 2000, para. 3.1 et 3.3)

Il s'agissait ainsi d'aborder le débat controversé sur la confidentialité et sur la participation d'*amici* dans le chapitre 11 de l'ALÉNA et selon les règlements procéduraux définis par la CNUDCI.

En réponse, l'investisseur brandit immédiatement l'argument de la confidentialité des procédures en arbitrage commercial international. Effectivement, selon Methanex, l'Article 25(4) des règlements de la CNUDCI stipule que l'audience doit se dérouler à huis clos, sauf sur entente contraire entre les parties<sup>83</sup>. La portée de cet article, défend l'investisseur, ne se limite pas uniquement à l'interdiction pour une tierce partie d'assister aux audiences, mais s'étend pareillement à l'obligation de conserver confidentiel tous les documents relatifs au différend :

---

<sup>83</sup> L'Article 25(4) des règlements d'arbitrage de la CNUDCI (1976) se lit ainsi : « L'audience se déroule à huis clos, sauf convention contraire des parties. Le tribunal arbitral peut demander que des témoins se retirent pendant la déposition d'autres témoins. Il est libre de fixer la manière dont les témoins sont interrogés » (CNUDCI, 1976, p. 13).

« At common-law, the requirement that arbitration be held in camera carries with it the implied term that the documents created for the purpose of that hearing are also private and confidential. The disclosure to a third party of such documents would be almost equivalent to opening the door of the arbitration room to that third party. » (*Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique*, Investor's response to the application for amicus standing, Methanex, 31 août 2000, para. 4).

Methanex ajoute également que permettre la participation d'*amici* violerait l'entente de confidentialité conclue entre les parties, selon laquelle l'audience ainsi que les documents produits pour l'arbitrage devaient demeurer confidentiels :

« The parties negotiated at some length and ultimately came to an agreement respecting the terms of a Confidentiality Order in the form delivered to the Tribunal by joint submission dated August 23, 2000. In particular, the parties agreed that transcripts of hearings and submissions by the parties (...) shall be kept confidential and may only be disclosed on a need to know basis to employees, agents, officials and representatives (...) of the parties, unless disclosure is otherwise permitted by the order. Nowhere on the order do the parties permit disclosure to non-governmental organizations or public interest groups. » (*Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique*, Investor's response to the application for amicus standing, Methanex, 31 août 2000, para. 6)

À ces arguments, l'IIDD réplique que l'Article 25(4) de la CNUDCI n'a pas préséance sur l'Article 15 de ces mêmes règlements, selon lequel le tribunal arbitral peut procéder à l'arbitrage de la manière qu'il juge la plus appropriée<sup>84</sup>. De plus, l'IIDD considère que la convention de la CNUDCI n'impose pas de restriction quant à la confidentialité des procédures, mais suggère plutôt que ces questions soient résolues par une entente entre les parties et avec l'accord du tribunal. Finalement, l'IIDD remarque que la participation des États-Unis au différend, rend les documents produits pour et pendant l'arbitrage, sujets à se soumettre aux exigences de publication prescrites par la « United States Freedom of Information Act » (FOIA) :

---

<sup>84</sup> L'Article 15(1) des règlements d'arbitrage de la CNUDCI (1976) se lit ainsi : « Sous réserve des dispositions du Règlement, le tribunal arbitral peut procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié, pourvu que les parties soient traitées sur un pied d'égalité et qu'à tout stade de la procédure chaque partie ait toute possibilité de faire valoir ses droits et proposer ses moyens » (CNUDCI, 1976, p. 0).

« (...) since the conduct of the arbitration by the United States is subject to the laws of the United States of America, it is subject to the United States Freedom of Information Act (FOIA). It is the Petitioner's understanding that access to key materials, such as memorials and counter-memorials can be obtained through an application pursuant to this Act, and such access has been granted in at least one other Chapter 11 case under the Act to date. In this respect, in requesting that the Tribunal allow an *amicus* submission to be informed by such materials in the present case, the Petitioner is requesting no more than it is entitled to under applicable United States legislation. » (*Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique*, Supplemental application for amicus standing, IISD, 6 septembre 2000, para. 6)

D'un autre côté, dans leur communication au Tribunal en réponse aux arguments soumis par Methanex, les États-Unis affirment approuver les demandes de participation d'*amicus curiae* formulées par les pétitionnaires. Ils soutiennent de plus que les considérations sur la confidentialité des procédures d'arbitrage ne sont pas pertinentes dans le débat : « (...) the United States maintains that the issue of whether or not this arbitration is deemed confidential is irrelevant to the issue of participation by *amici* (...) » (*Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique*, Second Submission on Amicus Application, USA, 22 novembre 2000, p. 3). Par ailleurs, en se référant aux affaires Bullbank et Esso, les États-Unis rejettent l'idée généralement admise selon laquelle un principe implicite de confidentialité existe en arbitrage commercial international.

L'élément central de la soumission des États-Unis reposait sur l'argument selon lequel l'affaire Methanex différait, de par sa nature, d'un arbitrage commercial international traditionnel. Selon ceux-ci, il s'agissait plutôt d'un arbitrage entre une partie privée et un État contractant à un traité international relatif à la protection des investissements, dont les conséquences pouvaient menacer substantiellement la santé publique et l'environnement :

« The United States respectfully submit that the Tribunal, in exercising the authority granted it under the UNCITRAL Arbitration Rules (the "UNCITRAL Rules"), should take into consideration the nature of the dispute before it. This is a dispute brought by a private party against a State that (1) challenges sovereign acts under international law pursuant to a trilateral trade agreement, and (2) implicates substantial public interest such as a public health and the environment. This is not an arbitration between private parties brought under the arbitration clause of a



commercial agreement or contract, which is the example Methanex would have this Tribunal follow. (...) The *Methanex* arbitration, like many investor-State dispute under Chapter Eleven, is of a fundamentally different nature than a typical international commercial dispute.» (*Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique*, Second submission on amicus application, USA, 27 octobre 2000, p. 6-7)

Le Canada, dans sa communication relative à la demande de participation d'*amici curiae*, affirme, quant à lui, supporter une plus grande ouverture des procédures prescrites par le chapitre 11 de l'ALÉNA en terme de transparence et de participation publique. Il s'accorde donc avec les États-Unis pour appuyer la demande des pétitionnaires, mais souligne que seules les trois Parties signataires de l'ALÉNA possèdent le droit de déposer des communiqués sur des questions d'interprétation :

« Canada agrees with the United States that only NAFTA Parties have the right to make submissions on questions of interpretation of the NAFTA and other non-parties have no such right. Canada is mindful, however, of the public interest in these matters and is sympathetic to the interests of the Petitioners in this case to file written submissions as *amicus curiae*.» (*Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique*, Submission in response to application for amicus standing, Canada, 10 novembre 2000, para. 3)

Le Mexique, quand à lui, rejette la demande que soit accordé un statut d'*amicus curiae* aux pétitionnaires. Il affirme, dans une communication remise au Tribunal le 10 novembre 2000, que le chapitre 11 de l'ALÉNA ne permet pas la participation de tierces parties, à l'exception de celle, limitée, des trois États signataires sur des questions d'interprétation de l'Accord. Autoriser la participation d'*amici curiae* aux pétitionnaires reviendrait, selon le Mexique, à leur donner plus de droits que ceux alloués aux pays membres par l'Article 1128 :

« If *amicus curiae* submissions were allowed, *amici* would have greater rights than the NAFTA Parties themselves, because of the limited scope of Article 1128 submissions. Given that nowhere in Chapter Eleven are non-NAFTA third parties even contemplated, such a result was clearly never intended by the NAFTA Parties. Alternatively, allowing *amicus curiae* submissions would render Article 1129 meaningless, contrary to the principle of effectiveness in international treaty interpretation, because the NAFTA Parties would then be able to make submissions on questions on interpretation of the Agreement under Article 1128, and file *amicus*



briefs for other purpose. » (*Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique*, Submission in Response to Application for Amicus Standing, Mexique, 10 novembre 2000, para. 7)

Finalement, le Tribunal arrive à la conclusion que l'Article 15(1) du règlement de la CNUDCI lui octroie le pouvoir d'accepter la participation écrite, mais non orale, d'un *amicus curiae*. Il précise qu'il demeure toutefois prématuré d'affirmer que ces communications pourraient ou non lui être utiles :

« For the reasons set out above, pursuant to Article 15(1) of the UNCITRAL Arbitration Rules, the Tribunal declares that it has the power to accept *amicus* written submissions from the Petitioners; whilst it is at present minded to receive such submissions subject to procedural limitations still to be determined by the Tribunal (to be considered with the Disputing Parties), it will make a final decision whether or not to receive them at a later stage of there arbitration proceedings; and accordingly the Petitions are accepted by the Tribunal to this extent, but otherwise rejected. » (*Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique*, Decision of the Tribunal on petitions from third persons to intervene as « amici curiae », 15 janvier 2001, para. 53)

Dans la décision rendue, le Tribunal refuse de trancher sur la portée de la confidentialité dans l'arbitrage et considère celle-ci comme une question devant se régler entre les parties au litige. Dans cette perspective, les sections de la décision portant sur la confidentialité sont de l'ordre de l'*obiter dicta*<sup>85</sup>. Il s'agit néanmoins des premières considérations détaillées sur la confidentialité et sur l'intérêt public dans un arbitrage international mixte et elles pourraient donc potentiellement influencer d'autres décisions semblables dans le futur (Pongracic-Speier, 2001).

Selon le Tribunal, la requête des pétitionnaires d'assister aux audiences, de déposer des arguments oraux et écrits ainsi que de recevoir des copies des documents et du matériel produits pour le différend, ne relève non pas de la confidentialité des procédures, mais plutôt du caractère privé de l'arbitrage. C'est ainsi que la phrase « l'audience se déroule à huis clos,

<sup>85</sup> Un *obiter dicta* est une remarque d'un juge qui n'est pas nécessaire à la décision. Il s'agit souvent d'un commentaire, d'une illustration ou d'une pensée accessoire ou complémentaire à l'argumentation élaborée dans la sentence finale.

sauf convention contraire des parties », de l'Article 25(4) des règlements de la CNUDCI est interprétée par le Tribunal comme excluant toute personne du public, y compris les pétitionnaires. Cette exclusion des tierces parties permet de protéger, selon le juge, le caractère privé de l'arbitrage, mais ne se rapporte pas directement à la confidentialité des procédures : « Articles 25(4) relates to the privacy of the oral hearings of the arbitration, and it does not like terms address to confidentiality of the arbitration » (*Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique*, Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as « Amici Curiae », 15 janvier 2001, p. 18-19)

Par ailleurs, en se référant, entre autres, aux décisions des affaires *Bulbank*, *Esso* et *Cockatoo Dockyard*, le Tribunal reconnaît qu'il existe par rapport à la confidentialité, un problème d'interprétation de l'Article 25(4) des règlements institutionnels :

« As to confidentiality, the Tribunal notes the conflicting legal materials [...] as to whether Article 25(4) imposes upon the Disputing parties a further duty of confidentiality (beyond privacy) in regard to the materials generated by the parties within the arbitration. » (*Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique*, Decision of the Tribunal on petitions from third persons to intervene as « amici curiae », 15 janvier 2001, para. 43)

La Cour ne va pas plus loin dans sa décision relativement à évaluer si l'Article 25(4) des règlements de la CNUDCI permet la publication de documents reliés à l'arbitrage. Il semble toutefois étonnant que le Tribunal base son analyse de l'Article 25(4) sur des cas d'arbitrages internationaux qui n'ont pas eu à interpréter les règlements de la CNUDCI :

« (...) the Tribunal's citation of cases from national courts as an aid to interpretation of Article 25(4) is surprising. While such cases may illuminate what particular judiciaries think about an implied duty of confidentiality in arbitration, they cannot address the question of whether such duty is implied in Article 25(4) of the Rules. The cases cited did not deal with interpretation of Article 25(4); in fact, in all cases except *Bulbank*, they dealt with statutes completely unrelated to the UNCITRAL Rules. Therefore, they cannot lead to an authentic interpretation of Article 25(4). » (Pongracic-Speier, 2001)

Néanmoins, le Tribunal encourage la transparence en mettant de l'avant l'intérêt public de l'arbitrage. Il termine d'ailleurs sa sentence en mentionnant que le chapitre 11 de l'ALÉNA bénéficierait d'une plus grande ouverture :

« There is an undoubtedly public interest in this arbitration. The substantive issues extend far beyond those raised by the usual transnational arbitration between commercial parties. [...] the Chapter 11 arbitral process could benefit from being perceived as more open or transparent; or conversely be harmed if seen as unduly secretive. » (*Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique*, Decision of the Tribunal on petitions from third persons to intervene as « amici curiae », 15 janvier 2001, para. 49)

#### 4.2.4. United Parcel Services of America inc. c. Gouvernement du Canada

En avril 2000, le fournisseur américain de services de transport de colis, *United Parcel Services of America inc.* (UPS), intente une poursuite contre le Canada l'accusant de n'avoir pas respecté ses obligations prescrites au terme de l'ALÉNA. Selon UPS, la Société canadienne des postes détient un monopole sur la distribution du courrier et s'adonne à des pratiques anticoncurrentielles en utilisant ses installations et ses prérogatives monopolistiques pour diminuer ses coûts de livraison (par des services de messageries telles que « Xpresspost », « Messageries prioritaires » et « Purolator »). De plus, UPS affirme que l'Agence des services frontaliers du Canada lui octroie un traitement moins favorable que celui prodigué aux services de messagerie de Postes Canada.

UPS allègue donc que le Canada a contrevenu à ses responsabilités au terme de l'ALÉNA de pratiquer une surveillance sur un « monopole d'État » ou sur une « entreprise d'État » (Articles 1502(3)(a)<sup>86</sup> et 1503(2)<sup>87</sup>); de lui accorder un traitement non moins favorable à celui

---

<sup>86</sup> L'Article 1502(3)(a) se lit ainsi : « Chacune des Parties fera en sorte, par l'application d'un contrôle réglementaire, d'une surveillance administrative ou d'autres mesures, que tout monopole privé désigné par elle, ou monopole public maintenu ou désigné par elle : a) agisse d'une manière qui ne soit pas incompatible avec les obligations de la Partie aux termes du présent accord lorsqu'il exercera des pouvoirs réglementaires, administratifs ou autres pouvoirs gouvernementaux que la Partie lui aura délégués relativement au produit ou au service faisant l'objet du monopole, par exemple le pouvoir de délivrer des licences d'importation ou d'exportation, d'approuver des opérations commerciales ou d'imposer des contingents, des droits ou d'autres redevances. »



qu'il accorde à ses propres investisseurs (Article 1102<sup>88</sup>); ainsi que de lui accorder un traitement juste et équitable, conforme au droit international (Article 1105<sup>89</sup>). UPS demande au Canada des dommages et intérêts de 160 millions de dollars américains.

Le Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes du Canada<sup>90</sup> et le Conseil des canadiens<sup>91</sup>, en réponse à la poursuite de UPS, remettent une pétition au Tribunal saisi de

---

<sup>87</sup> L'Article 1503(2) se lit ainsi : « Chacune des Parties fera en sorte, par l'application d'un contrôle réglementaire, d'une surveillance administrative ou d'autres mesures, que toute entreprise d'État qu'elle maintient ou établit, agisse d'une manière qui ne soit pas incompatible avec les obligations de la Partie aux termes des chapitres 11 (Investissement) et 14 (Services financiers) dans l'exercice de pouvoirs réglementaires, administratifs ou autres pouvoirs gouvernementaux délégués par la Partie, et notamment le pouvoir d'exproprier, d'accorder des licences, d'approuver des opérations commerciales ou d'imposer des contingents, des droits ou d'autres redevances. »

<sup>88</sup> L'Article 1102 se lit ainsi : « Chacune des Parties accordera aux investisseurs d'une autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances analogues, à ses propres investisseurs, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements. 2. Chacune des Parties accordera aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances analogues, aux investissements effectués par ses propres investisseurs, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements. 3. Le traitement accordé par une Partie en vertu des paragraphes 1 et 2 signifie, en ce qui concerne un État ou une province, un traitement non moins favorable que le traitement le plus favorable accordé par cet État ou cette province, dans des circonstances analogues, aux investisseurs, et aux investissements effectués par les investisseurs, de la Partie sur le territoire de laquelle est situé l'État ou la province. 4. Il demeure entendu qu'aucune des Parties ne pourra : a) exiger d'un investisseur d'une autre Partie qu'il accorde à ses ressortissants une participation minimale dans une entreprise située sur son territoire, exception faite des actions nominales dans le cas des administrateurs ou fondateurs de sociétés ; ou b) obliger un investisseur d'une autre Partie, en raison de sa nationalité, à vendre ou à aliéner d'une autre façon un investissement effectué sur le territoire de la Partie. »

<sup>89</sup> L'Article 1105 se lit ainsi : « Norme minimale de traitement 1. Chacune des Parties accordera aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie un traitement conforme au droit international, notamment un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité intégrale. 2. Sans préjudice du paragraphe 1, chacune des Parties accordera aux investisseurs d'une autre Partie, et aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie, un traitement non discriminatoire quant aux mesures qu'elle adoptera ou maintiendra relativement aux pertes subies, à cause d'un conflit armé ou d'une guerre civile, par des investissements effectués sur son territoire. 3. Le paragraphe 2 ne s'applique pas aux mesures existantes relatives aux subventions ou contributions qui seraient incompatibles avec l'Article 1102 si ce n'était de l'alinéa 1108(7)(b). »

<sup>90</sup> Le Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes du Canada représente 54 000 membres travaillant au sein de collectivités de petites et de grandes envergures, de Twillingate (Terre-neuve-et-Labrador) à Tappen (Colombie Britannique) : « La majorité de nos membres travaillent pour Postes Canada en tant que factrices et facteurs ruraux et suburbains, facteurs et factrices, courriers des services postaux, commis des postes, manieurs et manieuses de dépêches, expéditeurs et expéditrices de dépêches, techniciens et techniciennes, mécaniciens et mécaniciennes, électriciens et électriciennes et techniciens et techniciennes en électronique. Mais nous ne représentons pas que des travailleurs et

l'affaire en affirmant être directement touchés par l'objet de la plainte, et plus largement, par les conséquences du litige sur la politique gouvernementale. Selon eux, ce différend implique non seulement l'ensemble de la communauté de Poste Canada, mais aussi plusieurs autres services publics. Ils demandent donc au Tribunal de (1) les autoriser à participer à toutes les procédures en tant que parties au litige ; (2) dans l'alternative où cette demande leur serait refusée, de leur accorder un droit d'intervention comme *amici curiae*, et ce, conformément aux principes d'équité, d'égalité et de justice fondamentale ; (3) de rendre publics les documents principaux relatifs aux procédures ; (4) de leur permettre de déposer des communications se rapportant au lieu de l'arbitrage ; (5) de les autoriser à présenter des communications sur la compétence du tribunal et sur la pertinence dans le contexte de l'arbitrage des questions soulevées par l'investisseur, une fois que celles-ci seront connues ; (6) de leur donner la permission de modifier les demandes exprimées dans leur pétition, si des détails supplémentaires de l'arbitrage parviennent à leur connaissance (*United Parcel Services of America Inc c. Gouvernement du Canada*, Amicus Petitions by the Canadian Union of Postal Workers and the Council of Canadians, 8 novembre 2000).

En réponse, l'investisseur déclare que le Tribunal ne possède pas la juridiction nécessaire pour accorder le statut de « Partie à l'arbitrage » aux pétitionnaires. Il admet toutefois que la Cour pourrait détenir les pouvoirs d'accorder à une tierce partie la possibilité d'intervenir

---

travailleuses des postes. Le STTP représente aussi du personnel d'entreprises de messageries, d'entreprises d'entretien ménager, d'agences de publicité directe et de répartition de soins médicaux d'urgence, des conductrices et conducteurs, des mécaniciennes et mécaniciens de véhicules, des travailleuses et travailleurs d'entrepôt, des courriers à vélo et d'autres travailleurs et travailleuses membres de plus de 15 unités de négociation du secteur privé. » (sur le site Internet du Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes du Canada : <http://www.sttp.ca/> ).

<sup>91</sup> « Fondé en 1985, le Conseil des Canadiens est le plus grand organisme citoyen du Canada, comptant des membres et des sections d'un bout à l'autre du pays. Nous voulons protéger l'indépendance du Canada en faisant la promotion de politiques progressives sur le commerce équitable, l'eau potable, la sécurité des aliments, les soins de santé publics et autres questions sociales et économiques qui préoccupent les Canadiens. Strictement apolitique, le Conseil exerce des pressions auprès des députés, effectue des recherches, et dirige des campagnes d'envergure nationale visant à rendre plus visibles les principaux enjeux pour le Canada, soit la protection de nos programmes sociaux, la promotion de la justice économique, le renouvellement de notre démocratie, l'affirmation de la souveraineté canadienne, la présentation d'alternatives au libre-échange tel que privilégié par les entreprises, ainsi que la protection de l'environnement. Le Conseil n'accepte de fonds ni des entreprises ni des gouvernements, et est entièrement soutenu par l'énergie de ses bénévoles et l'aide financière de ses membres. » (sur le site Internet du Conseil des Canadiens : <http://www.canadians.org> ).



comme *amicus curiae*, mais ce, sous certaines conditions et dans un contexte précis. Selon UPS, la pétition soumise au Tribunal ne contenait pas suffisamment d'éléments pour que soit concédé un statut d'*amicus curiae* à l'un ou l'autre des organismes demandeurs. Toutefois, si un tel privilège leur était consenti, l'investisseur s'oppose à ce qu'une tierce partie puisse assister aux audiences ou soit autorisée à consulter les documents émis par le Tribunal.

La position du Canada par rapport à la juridiction du Tribunal rejoint celle de l'investisseur. Toutefois, le Canada ajoute que la Cour devrait considérer, dans l'exercice de son pouvoir, si (1) l'arbitrage détient réellement un intérêt pour le public ; si (2) les signataires de la pétition possèdent un intérêt réel et pertinent dans le différend ; et si (3) la demande des pétitionnaires peut-être reçue sans causer de préjudices aux parties prenantes à l'arbitrage. Les États-Unis et le Mexique partagent le point de vue canadien, à la différence que selon le Mexique, le Tribunal ne possède en aucune façon les pouvoirs nécessaires pour accorder un statut d'*amicus curiae* à des tierces parties.

En premier lieu, le Tribunal considère que ni les règlements de la CNUDCI, ni ceux du chapitre 11 de l'ALÉNA ne lui permettent d'accorder le statut de « partie à l'arbitrage » aux demandeurs. Toutefois, il estime que les pouvoirs conférés par l'Article 15(1) de la CNUDCI l'habilitent à recevoir des communications de tierces parties afin de le seconder lors de l'arbitrage. Par ailleurs, le Tribunal considère qu'il n'est pas pertinent pour les pétitionnaires de déposer des communications se rapportant au lieu de l'arbitrage ou sur la compétence des arbitres. Dans sa décision, il rappelle également l'importance d'accorder une plus grande transparence dans les arbitrages mixtes internationaux :

« The Tribunal returns to the emphasis which the Petitioners, with considerable cogency, have placed both on the important public character of the matters in issue in this arbitration and on their own real interest in these matters. It recalls as well the emphasis placed on the value of greater transparency for proceedings such as these. Such proceedings are not now, if they ever were, to be equated to the standard run of international commercial arbitration between private parties.»  
*(United Parcel Services of America Inc c. Gouvernement du Canada, Decision of the Tribunal on petitions for intervention and participation as amici curiae, 17 octobre 2001, para. 70)*

Sur la question de la confidentialité des plaidoyers et des documents relatifs aux procédures, le Tribunal affirme que les règlements institutionnels de la CNUDCI et ceux du chapitre 11 de l'ALÉNA autorisent leur divulgation uniquement aux parties à l'arbitrage, aux pays membres de l'Accord, ainsi qu'au Secrétariat de l'ALÉNA. Il ajoute qu'un accord sur la confidentialité entre les parties au différend peut être conclu si celles-ci le jugent nécessaire. Selon le Tribunal, le cas de la confidentialité des procédures d'arbitrage mixte sous le chapitre 11 de l'ALÉNA demeure une question difficile à résoudre à laquelle il faudra, bientôt, trouver des solutions :

« That issue [confidentiality] is yet to be resolved. While principles of transparency may support the release of some of the documentation, that is not a matter which can be the subject of a general ruling. Some documentation may be available in the public domain, through any agreement or confidentiality order that might be made, or otherwise lawfully. » (*United Parcel Services of America Inc c. Gouvernement du Canada*, Decision of the Tribunal on petitions for intervention and participation as *amici curiae*, 17 octobre 2001, para. 26)

À la suite du jugement, les deux parties à l'arbitrage conviennent de rendre librement accessibles, sous réserve de la protection de certaines informations confidentielles, les éléments suivants :

« (...) les plaidoiries et communications de toute partie au différend ou de tout membre de l'ALÉNA ainsi que leurs annexes et pièces jointes, notamment la notification d'intention de recourir à un arbitrage, la demande d'arbitrage, la déclaration de plainte modifiée, la déclaration de la défense, les mémoires, les déclarations sous serment, les réponses aux questions du tribunal, les transcriptions des audiences publiques, la correspondance adressée au tribunal ou par ce dernier et toutes les sentences, y compris les ordonnances procédurales, les décisions et les sentences préliminaires et définitives. » (OCDE, juin 2005, p. 12)

De plus, les deux parties au litige acceptent la tenue d'audiences publiques au siège de la Banque mondiale, sous réserve, notamment, de la protection de l'information confidentielle.

### 4.3. Conclusion

À la lecture des cas précédemment analysés, il apparaît évident qu'il n'existe pas de consensus de la part des tribunaux arbitraux de l'ALÉNA par rapport à la confidentialité des procédures entamées sous le chapitre 11. Dans l'affaire Metalclad, par exemple, le juge rejette complètement la notion selon laquelle la confidentialité représente une caractéristique implicite de l'arbitrage commercial international. Au contraire, le Tribunal dans la cause Lowen allègue que selon les règlements du Mécanisme supplémentaire du CIRDI, l'information sur les procédures ne peut être rendue publique sans le consentement explicite des parties au litige.

Dans Methanex, le Tribunal conclut que l'Article 15(1) du règlement de la CNUDCI l'autorise à accepter une participation écrite (mais non orale) d'un *amicus curiae*. Par contre, il ne porte pas de jugement sur la portée de la confidentialité dans l'arbitrage et considère plutôt celle-ci comme étant une question purement procédurale. Le Tribunal encourage tout de même la transparence et affirme que pour accroître sa légitimité, le chapitre 11 de l'ALÉNA bénéficierait d'une plus grande ouverture.

Finalement, dans l'affaire UPS, le Tribunal estime que les pouvoirs conférés par l'Article 15(1) de la CNUDCI l'habilitent à recevoir des communications d'*amici curiae* afin de l'épauler dans sa décision. Il rappelle également l'importance de concéder une plus grande transparence aux arbitrages commerciaux impliquant un État.

Le chapitre suivant propose une réflexion et une discussion sur le rôle et la place que devraient occuper la transparence et la participation dans l'arbitrage des questions environnementales sous le chapitre 11 de l'ALÉNA.

## CHAPITRE V

### DISCUSSION

L'augmentation spectaculaire des transactions commerciales internationales depuis les dernières années, notamment grâce à l'intégration des marchés et à la globalisation économique, inflige une pression substantielle sur l'institution de l'arbitrage international. Cette pression se ressent non seulement par la multiplication du nombre de différends commerciaux, mais aussi par l'émergence de nouvelles questions complexes qui poussent à leurs limites les méthodes et les procédures de l'arbitrage traditionnel et du même coup, en accélèrent l'évolution (Gélinas, 2000, p. 117). C'est le cas des défis soulevés par l'arbitrage transnational des questions environnementales dans le cadre du chapitre 11 de l'ALÉNA. Le débat épineux entourant la confidentialité des procédures oblige les différents acteurs impliqués à redéfinir ses frontières et à repenser la place de la transparence et de la participation du public au sein de l'arbitrage mixte.

Le chapitre suivant explore les possibilités et les limites des décisions concernant la confidentialité, la transparence et l'ouverture au public des procédures d'arbitrage reliées aux problématiques environnementales sous le chapitre 11 de l'ALÉNA. À cette fin, la question de l'existence implicite ou explicite d'une réelle obligation de confidentialité dans l'arbitrage commercial international est analysée. Ensuite, l'étude se penche plus précisément sur la place de la confidentialité dans l'ALÉNA et sur l'attitude de ses tribunaux par rapport à la transparence et à la participation de tierces parties. Finalement, les notes d'interprétation de la Commission du libre-échange de l'Accord sont explicitées.

#### 5.1. L'obligation de confidentialité existe-t-elle vraiment ?

Il semble ne pas y avoir de consensus dans la communauté internationale tranchant la question de l'occurrence d'une exigence de confidentialité en arbitrage commercial

international. La majorité des spécialistes s'accordent toutefois pour affirmer l'existence, du moins jusqu'à un certain point, d'une telle obligation : « Scholars, judges, practitioners, and arbitrators all seem to agree that the parties at least can contract for some degree of confidentiality, and, in many cases, a duty of confidentiality is assumed and preserved » (Brown, 2000-2001, p. 988). Effectivement, même dans l'affaire Esso, la Cour supérieure australienne admet qu'un certain niveau de confidentialité peut être acquis par les parties au litige : « Cet arrêt, s'il ne remet pas en cause fondamentalement l'existence de la confidentialité, amène toutefois à en reconsidérer avec plus de minutie les fondements et la portée » (Bertrand, 1996, p.172). Ainsi, le problème du secret relatif à l'arbitrage, écartant la problématique relative à l'exception de l'intérêt public, revient à savoir si la confidentialité est une règle supplétive, motivée par la volonté supposée des parties, ou si elle représente plutôt le résultat d'une intention qui doit demeurer explicitement affichée (Bertrand, 1996, p. 176).

Selon plusieurs auteurs, il ne devrait pas être nécessaire de définir expressément toutes les obligations légales, telles que l'obligation de confidentialité ou encore celle d'agir de bonne foi, puisqu'elles apparaissent de manière implicite dans la loi. Il s'agit en effet de l'argument principal des défenseurs de l'existence de la confidentialité, comme l'explique Yves Fortier :

« (...) those who support and extol confidentiality as one of the defining characteristics of arbitration rely upon "this very silence and absence of discussion" as proof that the duty exists – *surely* – and is simply taken for granted. More specifically, they argue that the distinction between privacy and confidentiality is chimerical : the private nature of arbitral proceedings is well established and the concept of privacy would have no meaning if participants were required to *arbitrate privately by day* while being free to *pontificate publicly by night*. The duty is not absolute, argue its proponents, but the qualifications or exceptions that attach to it are just that : *exceptions* to a general rule. » (1999, p. 132).

Toutefois, et contrairement à la Cour anglaise<sup>92</sup>, les Cours australienne et américaine n'ont pas trouvé d'obligation implicite de confidentialité dans la loi. En fait, elles suggèrent plutôt, notamment dans les affaires Esso et Panhandle Eastern, que la confidentialité n'existe que

---

<sup>92</sup> Voir l'affaire *Dolling-Baker*.



par un engagement explicite entre les parties. Néanmoins, il demeure problématique de créer de manière *ad hoc* une clause de confidentialité, dû, notamment, à toutes les nouvelles exceptions articulées à ce sujet dans de récents procès judiciaires. La plupart des modèles type de contrat d'arbitrage proposés par les institutions principales régissant l'arbitrage international ne font pas mention de la confidentialité. Le risque est grand, donc, pour les parties au litige, de simplement ignorer l'importance d'une telle clause :

« Parties often do contract for some degree of confidentiality in potential arbitral proceedings, but it is practically and diplomatically difficult to draft an effective confidentiality clause due to the numerous exceptions articulated in recent judicial holdings. Further, the model arbitration clauses offered by the major arbitration associations do not even mention confidentiality; if parties simply include one of these model arbitration clauses as boilerplate in their business contract [...], they are likely to ignore – inadvertently, perhaps – the need for a confidentiality provision. » (Brown, 2000-2001, p. 989)

Si la confidentialité trouve sa source uniquement lors d'un commun accord entre les parties à un litige, comme le suggère la Cour australienne dans l'affaire Esso, un principe général de confidentialité en arbitrage international n'existe pas. D'ailleurs, selon la plupart de ses opposants, l'existence d'un tel principe devrait être largement documenté. Le fait qu'il ne se trouve aucune démonstration formelle et claire, ni aucun jugement apodictique attestant ou démontrant l'occurrence de la confidentialité le prouverait :

« Those who seek to deny the existence or limit the application of a principle of confidentiality argue that if any general duty existed there would – *surely* – be an abundance of authorities proclaiming and describing such a duty ; the fact that there are not demonstrates that no such duty exists. » (Fortier, 1999, p. 132)

D'autre part, les trois conventions internationales qui régissent l'arbitrage commercial international (la Convention de New York ; la Convention de Genève ; la Convention du Panama) ne prévoient pas non plus d'obligation de confidentialité. Effectivement, elles se concentrent essentiellement sur des considérations plus générales d'harmonisation et d'unification du droit commercial international, plutôt que de le faire sur les détails des procédures d'arbitrage (Brown, 2000-2001, p. 991). Les législations nationales ne planifient

pas non plus d'obligation de confidentialité dans leur structure d'arbitrage commercial international<sup>93</sup>. Quant aux règlements institutionnels (tels que ceux de la CNUDCI, ou encore celui de la CCI), qui édictent les normes s'appliquant à pratiquement tous les aspects d'un processus arbitral, ils ne protègent pas de manières explicites ou adéquates la confidentialité (Brown, 2000-2001, p. 999).

Selon les décisions *Esso* et *Cockatoo Dockyard*, il apparaît évident qu'il existe réellement une exception de l'intérêt public, peu importe les normes de confidentialité en vigueur lors d'un arbitrage commercial dans lequel participe un État ou encore une compagnie publique (Pongracic-Speier, 2001). Aussi, les raisons pour lesquelles l'information relative à un arbitrage devrait être divulguée ou non ne font pas consensus :

« (...) there does not seem to be agreement as to why information to be released, other than in accordance with a statutory duty, should be made public. Is it because such information is "governmental" in nature; because it is of legitimate interest to the public; or because an arbitrator, in attempting to protect it from release, made a procedural error and went beyond the scope of his arbitral powers? » (Pongracic-Speier, 2001)

Enfin, les parties privées à un arbitrage commercial international mixte ne peuvent plus posséder de certitudes par rapport au respect de l'obligation de confidentialité lors des procédures. Peut-être s'agit-il de l'émergence d'une nouvelle immunité étatique face à la confidentialité de l'arbitrage lorsque est avancé l'argument de l'intérêt public ?

## 5.2. La confidentialité dans l'ALÉNA

Le chapitre 11 de l'ALÉNA, et la très récente jurisprudence sur la confidentialité dans les arbitrages mixtes internationaux, ont introduit des innovations qui « accentuent le particularisme de ce type d'arbitrage par rapport à l'arbitrage commercial international » (Burdeau, 1995, p. 9). Les sentences sur la confidentialité rendues par ces instances arbitrales

<sup>93</sup> En fait, seulement la Nouvelle-Zélande a inclut une obligation de confidentialité dans sa loi sur l'arbitrage commercial international (William, 1998).

possèdent une importance certaine, notamment dans l'influence qu'elles auront sur la jurisprudence du droit international public. Il apparaît important, donc, d'analyser la teneur de ces jugements et leur incidence sur des décisions ultérieures.

Le manque de cohésion procédurale des tribunaux de l'ALÉNA face à la question de la confidentialité contribue largement à octroyer au mécanisme de résolution de conflit du chapitre 11 la réputation d'être hermétique et inaccessible au grand public. De plus, les incertitudes et les inquiétudes des Parties de l'ALÉNA face à l'ouverture et à la transparence des procédures d'arbitrage rendent plus difficile la participation concrète d'*amici curiae*. Ces questions sont analysées en détail dans les pages suivantes.

#### 5.2.1. Le besoin d'une approche procédurale plus cohérente :

Les justifications des décisions relatives à la confidentialité dans l'arbitrage des questions environnementales sous le chapitre 11 de l'ALÉNA ont été systématiquement élaborées à partir des dispositifs prévus par les règlements institutionnels ou par ceux de l'Accord. Il s'agit d'une approche déductive qui limite le concept de confidentialité et tend à en faire une question purement procédurale. Bien sur, les conditions pour appliquer la confidentialité demeurent matière de procédures, mais les raisons d'établir ces conditions sont invariablement une affaire de substance :

« The problem with a purely procedural approach to confidentiality [...] is that it does not do justice to the substantive motivations for tribunal's decision, which, as extracts quoted from *Loewen* and *Methanex* show, are not irrelevant to the final determinations made by such tribunals. Indeed, such considerations creep into tribunal's decisions, but usually outside of the operative part. Rather than trying to keep the substantive concerns around confidentiality at the edge of their reasoning, tribunals might do well to bring such concerns a little closer to the center. »  
(Pongracic-Speier, 2001)

Aucune décision dans le cadre du chapitre 11 de l'ALÉNA n'a abordé de façon substantielle le problème de la confidentialité des procédures de l'arbitrage transnational. Aucune analyse profonde, aucune réflexion rigoureuse, donc, n'a permis d'asseoir un fondement conceptuel

théorique ou idéologique permettant de justifier et d'élaborer les conditions de l'applicabilité du principe de confidentialité. D'ailleurs, dans les cas étudiés, les arbitres utilisent la plupart du temps une dialectique et un raisonnement différents de ceux employés par d'autres juges dans des causes similaires pour appuyer des décisions pourtant semblables. Le manque de cohésion et d'homogénéité des arrêts portant sur la confidentialité dans l'arbitrage des questions environnementales sous le chapitre 11 de l'ALÉNA semble être le propre des tribunaux *ad hoc* (Legum, 2003, p.146). Effectivement, les arbitres d'un différend commercial cherchent à se concentrer principalement sur le règlement d'un litige singulier et ne tentent pas nécessairement d'atteindre une uniformité procédurale avec des cas entendus devant d'autres tribunaux. Il s'agirait d'une prédisposition naturelle de l'arbitrage commercial international : « A tribunal constituted for a single case, whose members' service ends with the final disposition of that case, naturally tends to be concerned more with the end result in that one case than institutional or other concerns as to other cases » (Legum, 2003, p. 146).

Cette façon de faire du « cas par cas » des arbitres répond aux attentes des parties privées de l'arbitrage commercial international. Effectivement, la sentence finale semble, pour ces derniers, plus importante que le raisonnement qui l'a entraînée :

« The expectations of private parties in international commercial arbitration tend to reinforce this intensely case-specific approach. International commercial arbitration is often a compromise between business persons from different countries who are uncomfortable with the idea of submitting their dispute to the courts of their counterparty. Neither party fairly expects that the procedures before the arbitral tribunal will be like what they would receive in their own courts ; instead, they expect only that, whatever the process may be, the end result will be, from a broad perspective, a just one. For private parties, the end result in arbitration is almost always more important than the reasoning that leads there. » (Legum, 2003, p. 146-147)

Par contre, les gouvernements et le public en général accordent davantage d'importance à l'application rigoureuse et systématique de règles procédurales formellement constituées et permutables à toutes les catégories de litiges. C'est particulièrement le cas des conflits émergeant sous le chapitre 11 de l'ALÉNA, notamment à cause du grand intérêt public de

certaines des questions qui y sont soulevées. Pour les gouvernements parties à un arbitrage, le raisonnement derrière les décisions prises ainsi que ses conséquences possibles dans des litiges subséquents, apparaissent plus importants, dans une certaine mesure, que ne l'est la décision finale elle-même. En ce sens, la société civile et les instances gouvernementales s'attendent à ce que les membres de ces tribunaux *ad hoc* agissent plutôt comme des juges que comme des arbitres (Legum, 2003, p. 147).

Les tensions entre ces intérêts divergents sont réellement palpables dans le cas de l'arbitrage des questions environnementales sous le chapitre 11 de l'ALÉNA. En effet, la question n'est plus tellement de savoir si des causes comme Methanex ou Metalclad possèdent réellement un intérêt pour le public. Il s'agit plutôt de comprendre comment cet intérêt public devrait influencer les règles régulant la disponibilité de l'information dans de telles situations. Le besoin d'une approche juridique plus explicite et plus institutionnalisée dans le règlement de ces différends se fait donc sentir (Coe, 2002 ; Legum, 2003 ; Gélinas *in* Gehring et Segger, 2005 ; Mann et Moltke, 2002).

En fait, selon Fabien Gélinas (2005) un mécanisme de règlement des différends institutionnalisé établirait un cadre formel et informel autorisant une prise de décision rationnelle basée sur des règles impartiales et équitables. Une approche institutionnelle et fonctionnelle pourrait donc faciliter la prise en compte de l'ensemble des dimensions d'un contexte avant de porter un jugement sur la pertinence de conserver la confidentialité ou encore, de prendre une décision à savoir si oui ou non l'intérêt public est en jeu. Elle permettrait aussi d'encadrer et de promouvoir une plus grande transparence, imputant par le fait même de la légitimité au processus :

« For civil society to gain access to information produced in investment arbitration proceedings is a net improvement in terms of traditional political legitimacy. Again, civil society must have access to information that institutionally informs and shape public policy in a particular country. But for civil society to provide input to investment tribunals is another matter altogether. It is a matter of public participation in the decision-making process, justified because the decisions involve public interests. It is a matter not only of providing valuable input – a perspective which the disputing parties might not bring – but also of generation direct and independent institution. » (Gélinas, *in* Gehring et Segger, 2005 , p. 590)



Ainsi, l'institutionnalisation des procédures d'arbitrage sous le chapitre 11 de l'ALÉNA représenterait une nette amélioration, non seulement en terme de transparence des mécanismes décisionnels, mais aussi en terme de légitimité politique traditionnelle. De plus, les accusations portées aux Parties de l'Accord voulant qu'elles participent à des processus non démocratiques et secrets (De Palma, 2001 ; Francoeur, 2002) pourraient plus facilement se dissiper.

### 5.2.2. Les demandes des « amis de la cour »

La disponibilité, l'accessibilité et l'intégrité de l'information représentent un élément essentiel à la légitimité des institutions politiques d'une démocratie (Gélinas *in* Gehring et Segger, 2005 , p. 588). Évidemment, la société civile doit pouvoir être tenue au courant des décisions pouvant influencer, modifier ou transformer les politiques et les lois publiques, comme le fait l'arbitrage des questions environnementales sous le chapitre 11 de l'ALÉNA. Dans ce contexte, l'information possède une valeur instrumentale, en ce sens où elle permet aux citoyens de participer au processus décisionnel et d'y contribuer de manière significative. Ainsi, la société civile peut réaliser son plein potentiel en étant incluse, d'une façon ou d'une autre, à l'intérieur même de ces procédures d'arbitrage.

Les tribunaux de l'ALÉNA ont eu deux occasions de considérer la question de la participation des citoyens dans les démarches arbitrales sous le chapitre 11 de l'Accord, notamment par la question des demandes de participation d'« amis de la cour ». Les Arbitres des affaires Méthanex et UPS ont chacun statué qu'ils possédaient le pouvoir discrétionnaire d'accepter des mémoires écrits d'*amici curiae* mais que ces derniers ne détenaient pas un droit de participation aux audiences. Ces décisions étaient appuyées sur l'Article 15(1) des règlements institutionnels du CNUDCI selon lequel le tribunal peut procéder à l'arbitrage de la manière qu'il juge la plus appropriée<sup>94</sup>. Il est intéressant de souligner qu'ici aussi, les

<sup>94</sup> Ni le tribunal dans l'affaire *Methanex* ni celui dans l'affaire *UPS* n'ont fondé leur décision sur l'Article 1133 de l'ALÉNA (« Rapports d'expert ») qui permet aux arbitres de nommer des experts

Arbitres ont approché la question de la participation du public comme étant une affaire de « procédures ». Le Tribunal de UPS par exemple, a affirmé en s'inspirant de la décision Methanex que permettre une participation d' « ami de la cour » relevait de ses pouvoirs discrétionnaires et non du droit des tierces parties de se faire entendre (*United Parcel Services of America Inc c. Gouvernement du Canada*, Decision of the Tribunal on petitions for intervention and participation as *amici curiae*, 17 octobre 2001, para. 61).

Dans les affaires UPS et Methanex, les pétitionnaires ont demandé que leur soit accordée la permission de présenter des arguments oraux et d'assister aux audiences. Le Tribunal de Méthanex conclue que l'Article 25(4) des règlements de la CNUDCI, selon lequel « l'audience se déroule à huis clos, sauf convention contraire les parties », exclue toute personne du public, y compris les pétitionnaires. Cette exclusion des tierces parties permettrait de protéger, selon le juge, le caractère privé de l'arbitrage. Ainsi, les arbitres ont refusé implicitement l'argument des pétitionnaires prétendant que l'assignation du statut d'*amicus* à une partie l'exclue nécessairement de la catégorie des « tiers »<sup>95</sup>.

Évidemment, les décisions des affaires UPS et Méthanex ne répondent pas à la question concernant la possibilité pour des « amis de la cour » de participer à des audiences se déroulant selon les règlements institutionnels du CIRDI ou encore du Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI. Il est toutefois possible d'imaginer que dans ce contexte, les pouvoirs accordés au tribunal seraient sensiblement du même ordre que sous

---

pouvant leur être utile pour la décision finale. L'Article 1133 se lit comme suit : « Sans préjudice de la nomination d'autres types d'experts lorsque les règles d'arbitrage applicables l'autorisent, un tribunal pourra, à la demande d'une partie contestante ou, si les parties contestantes n'y consentent pas, de sa propre initiative, nommer un ou plusieurs experts qui auront pour tâche de lui présenter un rapport écrit sur tout élément factuel se rapportant aux questions d'environnement, de santé, de sécurité ou autres questions à caractère scientifique soulevées par une partie contestante au cours d'une procédure, sous réserve des modalités et conditions arrêtées par les parties contestantes. »

<sup>95</sup> Dans sa demande finale présentée au tribunal saisi de l'affaire Methanex, l'IISD affirme que la portée du terme « huis clos » dépend de qui a été préalablement autorisé par le juge à assister aux audiences : « The scope of who can be *in camera* depends on who has been authorized by the Tribunal to be in the room in an *in camera* session. The presence for whole or part of the proceedings of an *amicus curiae*, when so authorized by the Tribunal, does not make proceedings any less "in camera". Equally, where the Tribunal grants an *amicus* authority to view the memorial and counter-memorial, this does not breach any *in camera* rule. » (*Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique*, Final submission in support of application for amicus standing, IISD, 16 octobre 2000, para. 24)

l'Article 15(1) du CNUDCI et confieraient le problème de la participation des tierces parties à la discrétion des arbitres. L'Article 35 du Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI (« Règlement des questions non prévues ») prévoit que « si une question de procédure non prévue par le présent Règlement ou tout autre règlement adopté par les parties se pose, elle est tranchée par le Tribunal »<sup>96</sup>. Cette provision semble en tout point similaire à l'Article 15(1) du CNUDCI et pourrait donc s'interpréter de la même manière.

#### 5.2.4. Les incertitudes et les inquiétudes liées à la participation d'« amis de la cour »

À la lumière des décisions des tribunaux de Methanex et de UPS, et des notes d'interprétation de la Commission du libre-échange de l'ALÉNA, les questions qui se posent désormais se rapportent aux règles de procédures destinées à régir la participation des *amici curiae*, ainsi que sur l'impact possible de cette participation sur la confidentialité de l'arbitrage commercial international. Bien que les conséquences potentielles d'une augmentation de la participation du public demeurent à ce jour encore méconnues, les investisseurs et les États membres de l'ALÉNA témoignent déjà de certaines inquiétudes liées à ces incertitudes.

Par exemple, l'attitude hostile du Mexique face à la participation d'« amis de la cour » s'explique par la crainte de voir ses processus judiciaires désavantagés par rapport à ceux du Canada et des États-Unis. Effectivement, dans sa communication devant les tribunaux de l'affaire Methanex, le Mexique a fait valoir que le concept d'*amicus curiae* ne faisait pas partie de la loi domestique mexicaine, contrairement aux lois des deux autres États membres de l'Accord :

It has been asserted by one of the petitioners that “the power of a court to receive *amicus* briefs is well recognized in domestic law”. While this is so for Canada and the United States, it is not the case under Mexican law. Under Mexican law, only a person with a legal interest in the dispute – i.e. whose substantive rights may be

---

<sup>96</sup> L'Article 44 des règlements du CIRDI est sensiblement similaire à l'Article 35 du Règlement du mécanisme supplémentaire et se lit comme suit : « Toute procédure d'arbitrage est conduite conformément aux dispositions de la présente section et, sauf accord contraire des parties, au Règlement d'arbitrage en vigueur à la date à laquelle elles ont consenti à l'arbitrage. Si une question de procédure non prévue par la présente section ou le Règlement d'arbitrage ou tout autre règlement adopté par les parties se pose, elle est tranchée par le Tribunal ».



affected as a result of litigation between the disputing parties – may make third party submissions. The concept of an *amicus curiae* is not incorporated into Mexican law. (*Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique*, Submission in response to application for amicus standing, Mexique, 10 novembre 2000, para. 11)

Selon le Mexique, le chapitre 11 de l'ALÉNA institue un mécanisme de résolution de conflit basé sur un compromis fragile entre son système de droit civiliste et ceux de common law du Canada et des États-Unis. Par conséquent, le Mexique prétend que de permettre la participation de tierces parties favoriserait un système de droit plutôt qu'un autre : « the fact that a specific procedure or legal concept may exist in a Party's domestic law cannot serve as grounds to transport it into the international plane » (*Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique*, Submission in Response to Application for Amicus Standing, Mexique, 10 novembre 2000, p. 4-5). Qui plus est, un argument connexe avance que cette démarche causerait un préjudice certain aux ONG mexicaines puisqu'elles ne connaissent pas nécessairement les procédures et les stratégies concernant la participation des *amici curiae*, notamment dû au fait que les tribunaux domestiques ne permettent pas sa pratique.

Évidemment, une autre préoccupation tient dans la possibilité qu'ont les « amis de la cour » d'élargir le différend entre les parties. Ce problème soulève aussi la question de savoir quels seraient les conditions appropriées pour accepter ou refuser la participation des *amici curiae*. Comment déterminer, par exemple, si les entités présentant une telle demande possèdent réellement un intérêt direct dans les propos légaux ou factuels suscités par le conflit en arbitrage (Umbricht, 2001) ? Aussi, le tribunal doit-il prendre en considération chacun des arguments avancés par les tierces parties autorisées à déposer une participation écrite ? Des procédures et des conditions précises concernant le dépôt des mémoires d'« amis de la cour » devront nécessairement être élaborées afin d'éviter que des accusations d'impartialité soient portées envers les tribunaux responsables de trancher ces questions.

Par ailleurs, il existe autant d'ONG qu'il existe d'intérêts différents (Hussein, 2003). Est-ce que tous ces groupes détiennent le droit de participer en tant qu'« amis de la cour » aux procédures d'arbitrage entamées sous le chapitre 11 de l'ALÉNA ? Si la réponse s'avère positive, il faut considérer que le fardeau des parties s'en verra considérablement alourdi,

notamment en terme de temps et d'honoraires d'avocats (Hussein, 2003). Ainsi, toute modalité élaborée pour régir l'acceptation de la participation des *amici curiae* devra chercher à amortir ces contraintes et à s'assurer que le différend entre les parties ne s'en trouve pas élargi.

### 5.2.3. Les notes d'interprétation de la Commission du libre-échange de l'ALÉNA

Le désir d'un investisseur d'entourer un arbitrage commercial transnational d'un maximum de discrétion afin d'éviter une publicité indésirable peut plus facilement s'expliquer que lorsque ce désir provient d'un État. Effectivement, l'affaire Metalclad, par exemple, démontre qu'un État partie à un arbitrage peut vouloir, et encore plus ferveusement que le secteur privé, maintenir la confidentialité des procédures (Pongracic-Speier, 2001). Selon Karl-Heinz Böckstiegel<sup>97</sup>, la confidentialité des procédures demeure la raison principale pour laquelle les États acceptent de se conformer à l'arbitrage transnational :

« The reason why so many states have by this time accepted ICC arbitration as practicable lies no doubt partly in the remarkably confidential nature of the proceedings : thus even if the decision goes against the state, it is easier to avoid loss of prestige or a reaction from the public with its political repercussions. »  
(Böckstiegel, 1965, p. 584)

Cet argument se voit par contre réfuté par les mesures prises par les États membres de l'ALÉNA témoignant de leur engagement en faveur d'une plus grande ouverture et transparence du mécanisme de règlement des différends. Effectivement, en 2001, la Commission du libre-échange de l'ALÉNA a émis une note d'interprétation<sup>98</sup> dans laquelle elle mentionne qu'« aucune disposition de l'ALÉNA n'impose aux parties contestantes dans le cadre d'un arbitrage relevant du chapitre onze, un devoir général de confidentialité ». En

<sup>97</sup> À l'époque Président de la Chambre de commerce international.

<sup>98</sup> Les notes d'interprétation émises formellement par les Parties à un traité ne possèdent pas forcément de caractère obligatoire pour les appareils de règlement des différends, selon l'Article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Toutefois, selon l'Article 1131(2) (Droit applicable) de l'ALÉNA, les notes d'interprétation de la Commission possèdent une force obligatoire : « Une interprétation par la Commission d'une disposition du présent accord sera obligatoire pour un tribunal institué en vertu de la présente section. ».



outre, chacune des Parties membres ont accepté de « rendre public en temps voulu tous les documents soumis au tribunal ou produits par ce dernier », et ce, sous réserve de supprimer l'information commerciale de nature confidentielle (Commission du libre-échange de l'ALÉNA, Notes d'interprétation et déclaration de la Commission du libre-échange de l'ALÉNA, 31 juillet 2001). En octobre 2003, la Commission fait paraître une deuxième communication sur la participation de tierce partie confirmant qu'« aucune disposition de l'Accord de libre-échange nord américain [...] n'empêche un tribunal [...] d'accepter les mémoires écrits présentés par une personne ou une entité qui n'est pas une partie contestante » (Commission du libre-échange de l'ALÉNA, Déclaration de la Commission du libre-échange sur la participation d'une tierce partie, octobre 2003).

En juillet 2004, dans une déclaration conjointe, la Commission souligne les progrès accomplis vers une plus grande transparence dans le mécanisme de règlement des différends : « Nous sommes heureux que les initiatives en faveur de la transparence [...] aient déjà commencé à améliorer le fonctionnement du mécanisme de règlement des différends opposant un investisseur et un État prévu dans le chapitre sur l'investissement. [...] » (Commission du libre-échange de l'ALÉNA, Déclaration conjointe de la Commission du libre-échange de l'ALÉNA – Une décennie de réussites, 16 juillet 2004). Dans la même déclaration, la Commission attire également l'attention sur la participation du Mexique dans les démarches en vue d'ouvrir davantage au public les audiences des arbitrages entre États et investisseurs : « Nous sommes heureux que le Mexique se soit joint au Canada et aux États-Unis pour appuyer la tenue d'audiences publiques consacrées aux différends entre investisseurs et États. » (Commission du libre-échange de l'ALÉNA, Déclaration conjointe de la Commission du libre-échange de l'ALÉNA – Une décennie de réussites, 16 juillet 2004).

### 5.3. Conclusion :

Il n'existe pas de consensus dans la communauté internationale concernant l'existence réelle ou implicite d'une obligation générale de confidentialité de l'arbitrage commercial. Dans le

cadre de l'arbitrage des questions environnementales sous le chapitre 11 de l'ALÉNA, les tribunaux se sont prononcés plus ou moins ouvertement en faveur d'une plus grande transparence du processus décisionnel des litiges. Il semble toutefois évident qu'un certain malaise, sinon qu'une sorte d'ambiguïté, règne autour des raisons pour lesquelles l'information relative à un arbitrage devrait être divulguée ou non.

Par ailleurs, les tribunaux de l'ALÉNA ont systématiquement réagi favorablement à l'argument de l'intérêt public avancé par la société civile et par les groupes d'intérêts. Dans l'affaire Lowen par exemple, les Arbitres ne reconnaissent pas l'existence d'un principe général de confidentialité qui pourrait priver les citoyens de certaines informations pertinentes. Cette décision trouve écho à la fois dans l'affaire Metalclad, où les arbitres affirment l'absence d'une obligation de confidentialité dans les procédures intentées sous le chapitre 11 de l'ALÉNA, et dans les affaires UPS et Methanex, où les juges concluent que l'intérêt public de ces conflits leur permet d'accepter la participation écrite d'un *amicus curiae*.

Ouvrir les procédures des tribunaux de l'ALÉNA aux *amici curiae* pose inéluctablement la question du niveau d'accès à l'information. Effectivement, la disponibilité des documents produits pour et pendant l'arbitrage constitue une composante fondamentale à toute démarche institutionnalisée régissant la participation des *amici curiae*. Or, les tribunaux de l'ALÉNA qui ont examiné cette question n'ont pas octroyé aux tierces parties un accès privilégié à l'information relative aux litiges. Par contre, la Commission du libre-échange de l'ALÉNA a récemment annoncé que les documents soumis au tribunal ou produit par ce dernier lors d'un arbitrage effectué sous le chapitre 11 de l'Accord, pourront être rendus publics en temps opportun (Commission du libre-échange de l'ALÉNA, Notes d'interprétation et déclaration de la Commission du libre-échange de l'ALÉNA, 31 juillet 2001). Il reste à savoir si la disponibilité de ces documents suffira à permettre une participation informée des *amici curiae*.

Le manque de cohérence procédurale des instances de l'ALÉNA par rapport à la question de la confidentialité et à celle de la participation des *amici curiae* contribue amplement à allouer

au mécanisme de résolution de conflit du chapitre 11 la réputation d'être hermétique et fermée au public. Il presse donc d'établir des règles précises définissant, en outre, les critères requis permettant à une ONG d'intervenir en qualité d'*amicus curiae* et prévoyant son niveau de participation et d'accès à l'information relative aux arbitrages.

## CONCLUSION

L'activité économique moderne, et particulièrement la libéralisation du commerce, mène constamment à une intégration de plus en plus poussée impliquant l'ensemble des sphères de la société. Dans ce monde imbriqué, les répercussions des décisions effectuées par un État peuvent dépasser largement les frontières nationales et affecter significativement d'autres États, particulièrement en matière d'environnement. En fait, les problèmes environnementaux internationaux semblent résulter en grande partie des choix politiques, mais aussi des structures institutionnelles ainsi que de différentes relations de pouvoir, qui ne peuvent se dissocier de la dynamique politico-économique plus large de la mondialisation. Dans l'objectif de protéger l'état de l'environnement au niveau mondial, la communauté internationale en a appelé à une plus grande coopération à l'échelle globale afin que la libéralisation du commerce ne profite pas uniquement aux intérêts économiques, mais participe également à un développement qui soit environnementalement soutenable et socialement équitable pour tous. Toutefois, malgré des efforts considérables, il existe des tensions palpables entre la manière dont sont élaborées les politiques économiques et commerciales par rapport à la protection et la préservation de l'environnement dans le cadre d'un développement durable.

En fait, les griefs contre les accords de libéralisation commerciaux sont nombreux et très variés. Mais de cette longue liste de reproches, une plainte apparaît récurrente : l'élaboration des politiques économiques et commerciales semble s'effectuer de façon stérile et opaque, lors d'un processus qui se veut parfois contraire au principe de participation. Ce mémoire a pris place dans le cadre de cet important débat qui perdure depuis plusieurs années, en se penchant plus précisément sur la confidentialité du processus d'arbitrage commercial international entre une partie privée et un État dans le cadre de l'ALÉNA, et de sa pertinence dans une perspective de développement durable.

C'est afin de réussir à promouvoir, à augmenter ainsi qu'à protéger les investissements sur les territoires des trois Parties (Article 102(1)), que les négociateurs de l'Accord ont inséré à



l'intérieur de l'ALÉNA un mécanisme permettant la résolution pacifique de conflit entre une entreprise et un État. Conséquemment, une compagnie ou un individu provenant d'un des trois pays membres du traité peut désormais entamer une poursuite contre un gouvernement s'il possède des raisons de croire que ses droits prévus au terme des dispositions de l'ALÉNA n'ont pas été respectés. Or, il semblerait que la confidentialité du processus a créé une remarquable levée de boucliers de la part des citoyens nord-américains, accusant les procès ayant lieu sous la gouverne du chapitre 11 de l'ALÉNA d'être hermétiques et secrets. Effectivement, le concours d'un État aux procédures d'arbitrage peut rapidement soulever des questions d'intérêt public, touchant notamment à la santé, à la sécurité ou à l'environnement. Un besoin criant d'augmenter la transparence du mécanisme de règlement des différends du chapitre 11 de l'ALÉNA se fait donc de plus en plus sentir.

L'arbitrage en tant que procédé de résolution des litiges commerciaux internationaux, représente un élément important dans l'infrastructure d'affaire d'un État. La confidentialité apparaît comme un de ses avantages les plus importants, encore plus peut-être, que la rapidité du processus, que ses coûts relativement bas ou même que son caractère peu formaliste.

L'existence, la divulgation des documents produits comme moyens de preuve, les témoignages, les expertises et même les délibérations et les sentences finales se prêtent à des degrés divers de confidentialité lors des arbitrages commerciaux internationaux. Pourtant, celle-ci ne trouve sa source juridique ni dans les conventions internationales, ni dans les législations nationales. Depuis quelques années, son existence est donc continuellement remise en question par les spécialistes à travers le monde.

Or, il semble indéniable que l'obligation de confidentialité existe en arbitrage commercial international. La question n'est donc plus tellement de savoir si celle-ci trouve sa source dans un accord explicite entre les parties, dans les règlements institutionnels ou encore, si elle apparaît comme un élément implicite dans la loi, mais plutôt d'établir les limites de son étendue, de sa portée et de son application.



Il apparaît d'ailleurs évident qu'il n'existe pas de consensus de la part des tribunaux arbitraux de l'ALÉNA par rapport à la confidentialité des procédures entamées sous le chapitre 11 de l'Accord. Par exemple, le Tribunal de l'affaire Metalclad a refusé catégoriquement la notion selon laquelle le secret des procédures représente un élément implicite de l'arbitrage commercial international. À l'opposé, le Tribunal dans la cause Lowen a plutôt soutenu que les éléments relatifs à l'arbitrage ne doivent pas être rendus publics sans le consentement explicite des parties au litige. Ce manque de cohérence procédurale des instances de l'ALÉNA relativement au problème de la confidentialité occupe une partie importante des appréhensions citoyennes envers le mécanisme de résolution de conflit du chapitre 11.

D'autre part, la participation d'un État à un arbitrage transnational influence à la baisse le niveau de confidentialité normalement imposé aux procédures. Les cas étudiés démontrent clairement que les acteurs ne peuvent plus présumer avec certitude que les différends commerciaux conserveront leur caractère privé. Pourtant, s'il existe réellement une exception de l'intérêt public concernant la confidentialité d'un arbitrage, il n'est pas encore possible d'en asseoir formellement les paramètres de son application. Par exemple, il faudrait entre autres mieux définir ce que constitue un « intérêt public légitime » (Pongracic-Speier, 2001) afin que l'information soit publiée sans discrimination.

Il est désormais certain que les objectifs de développement durable annoncés dans le Préambule de l'ALÉNA ne pourront se réaliser tant que ne sera pas réglé le problème relatif au manque de transparence du mécanisme de résolution de conflit contenu dans le chapitre 11 de l'Accord. Effectivement, la transparence, consacrée par une myriade d'instruments juridiques internationaux, incarne un des piliers essentiels du droit international du développement durable. En outre, l'accessibilité, la disponibilité et l'intelligibilité de l'information relative à l'environnement en constituent les principaux éléments.

Bien sûr, il faut joindre aux exigences de transparence, celles de la participation publique. Le processus de participation permet aux citoyens de s'approprier une certaine forme de pouvoir en s'impliquant dans les diverses étapes décisionnelles. Ainsi, intégrer les préoccupations du grand public dans les décisions importantes relatives notamment à l'environnement, permet

de garantir leur caractère inclusif. Le défi est d'autant plus important que la transparence dans les institutions internationales est un élément indispensable, dans un premier temps, à un développement durable, mais aussi, dans un deuxième temps, à la viabilité et la légitimité démocratique de ces mêmes institutions. Il apparaît essentiel pour la pérennité du système, d'accentuer la transparence des mécanismes décisionnels. Il faut donc réussir à mieux les appréhender afin qu'ils puissent être considérés comme légitimes à la fois par les participants, par les décideurs et par les investisseurs, en plus de suivre des règles procédurales encourageant l'échange d'information claire et intègre.

La tentative des États membres de l'ALÉNA de rendre l'arbitrage mixte plus transparent et plus ouvert au public demeure à son stade embryonnaire. Beaucoup restent à faire afin de délimiter les variables d'une telle initiative tout en assurant aux investisseurs un mécanisme de règlement des différends possédant les mêmes avantages que ceux offerts par l'arbitrage commercial international traditionnel. Il devient pressant, donc, d'adopter un modèle d'arbitrage fondé sur des principes uniformes qui conférerait aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire de permettre ou non la participation des *amici curiae*.

Le besoin d'établir des règles précises définissant, entre autres, les critères requis permettant la participation de tierces parties aux audiences d'arbitrage et prévoyant leur niveau de participation et d'accès à l'information, devient de plus en plus nécessaire. En effet, il est possible de s'attendre à une augmentation des poursuites entamées sous le chapitre 11 de l'ALÉNA, et donc nécessairement à une multiplication des litiges ayant un rapport direct avec l'application de lois environnementales. Cette croissance prévue s'explique notamment par l'augmentation des transactions économiques internationales à l'échelle globale.

Déjà, le récent conflit concernant la compagnie canadienne Glamis Gold Ltd. et le gouvernement des États-Unis à propos de l'exploitation d'une mine à proximité de territoires sacrés pour un peuple autochtone, impose de nouvelles pressions sur le mécanisme de règlement des différends de l'ALÉNA relativement à la transparence et à la participation. En effet, le Tribunal saisi de l'affaire a accepté de recevoir une communication écrite de Quechan Indian Nation of Fort Yuma Arizona and California USA. De plus, une demande de

participation d'*amicus curiae* de l'ONGE Friend of the Earth lui a été soumise (toujours en attente de la décision du Tribunal à ce jour). En date du 1<sup>er</sup> décembre 2006, les ONGE Sierra Club et Earthworks, ainsi que l'association minière National Mining Association avaient-elles aussi déposé des communications écrites au Tribunal. Il s'agit d'une affaire à suivre particulièrement intéressante en terme de participation publique et de transparence dans le cadre d'un conflit concernant une législation environnementale aux termes du chapitre 11 de l'ALÉNA

Les gouvernements des trois États membres de l'ALÉNA devront inévitablement réagir à ces pressions marquées provenant de la société civile. La participation et la transparence dans le règlement des différends mixtes possédant un intérêt public deviennent de plus en plus importantes, particulièrement lorsque les conflits touchent à des questions environnementales. Car si le poids du passé peut inspirer les solutions futures, il faudra que le grand public poursuive l'exercice de son influence afin d'infléchir la logique actuelle qui a lieu présentement en Amérique du Nord.

## APPENDICE A

### CAUSES ENTENDUES AUX TERMES DU CHAPITRE 11 DE L'ALÉNA

#### **Poursuites contre le Gouvernement du Canada**

Arbitrages actifs concernant le chapitre 11 de l'ALÉNA auxquels le Canada est Partie :

- Merrill and Ring Forestry L.P. c. le Gouvernement du Canada
- United Parcel Service of America, inc. c. le Gouvernement du Canada
- GL Farms LLC et Carl Adams c. le Gouvernement du Canada

Arbitrages antérieurs concernant le chapitre 11 de l'ALÉNA auxquels le Canada est Partie :

- Ethyl Corporation c. le Gouvernement du Canada
- Pope and Talbot, inc. c. le Gouvernement du Canada
- S.D. Myers, inc. c. le Gouvernement du Canada

Notifications reçues :

- Sun Belt Water, inc. c. le Gouvernement du Canada
- Crompton Corporation c. le Gouvernement du Canada
- Albert Connolly c. le Gouvernement du Canada
- Contracutal Obligation Productions, LLC, Charles Robert Underwood et Carl Paolino c. le Gouvernement du Canada

Notifications retirées :

- Peter Nikola Pesic c. le Gouvernement du Canada
- Signa S.A. de C.V. c. le Gouvernement du Canada
- Trammel Crow Company c. le Gouvernement du Canada

- Ketcham Investments, inc. et Tysa Investments, inc. c. le Gouvernement du Canada

### **Poursuites contre les États-Unis d'Amérique**

Arbitrages actifs concernant le chapitre 11 de l'ALÉNA auxquels les États-Unis d'Amérique sont Partie :

- Canfor Corporation c. les États-Unis d'Amérique
- Kennex c. les États-Unis d'Amérique
- Glamis Gold Ltd. c. les États-Unis d'Amérique
- Tembec, inc. c. États-Unis d'Amérique
- Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. c. les États-Unis d'Amérique
- Terminal Forst Products Ltd. c. les États-Unis d'Amérique
- Cattlement for Fair Trade c. les États-Unis d'Amérique

Arbitrages antérieurs concernant le chapitre 11 de l'ALÉNA auxquels les États-Unis d'Amérique sont Partie :

- Methanex Corporation c. les États-Unis d'Amérique
- Mondev International Ltd. c. les États-Unis d'Amérique
- ADF Group, inc. c. les États-Unis d'Amérique
- The Loewen Group, inc. and Raymond L. Loewen c. les États-Unis d'Amérique

Notifications reçues :

- James Russell Baird c. les États-Unis d'Amérique
- Doman Industries Ltd. c. les États-Unis d'Amérique
- Hemp Oil Canada, inc. c. les États-Unis d'Amérique



### **Poursuites contre les États-Unis du Mexique**

Arbitrages actifs concernant le chapitre 11 de l'ALÉNA auxquels les États-Unis du Mexique sont Partie :

- Fireman's Fund c. les États-Unis du Mexique
- Robert J. Franck c. les États-Unis du Mexique
- Corn Products International, inc. c. les États-Unis du Mexique
- Archer Daniels Midland Co. et Tate and Lyle Ingredients Americas, inc. c. les États-Unis du Mexique

Arbitrages antérieurs concernant le chapitre 11 de l'ALÉNA auxquels les États-Unis du Mexique sont Partie :

- Azinian et al. c. les États-Unis du Mexique
- GAMI Investments, inc. c. les États-Unis du Mexique
- International Thunderbird Gaming Corporation c. les États-Unis du Mexique
- Marvin Roy Feldman Karp (CEMSA) c. les États-Unis du Mexique
- Metalclad Corporation c. les États-Unis du Mexique
- Waste Management, inc. c. les États-Unis du Mexique

Notifications reçues :

- Billy Joe Adams, et al. c. États-Unis du Mexique
- Bayview Irrigation District et al. c. États-Unis du Mexique
- Calmark Commercial Development, inc. c. États-Unis du Mexique
- Francis Kenneth Haas c. États-Unis du Mexique
- Lomas Santa Fe Investment, LLP. c. États-Unis du Mexique

## BIBLIOGRAPHIE

### Monographies :

- Appleton, Barry. 1994. *Navigating NAFTA : A Consise User'S Guide to the North American Free Trade Agreement*. Rochester, N.Y. : Carswell Thomson Professional Publishing, 214 p.
- Béguin, Jacques. 1987. *L'arbitrage commercial international*. Montréal : Centre de recherches en droit privé et compare du Québec, 279 p.
- Cellard, André. 1997. « L'analyse documentaire ». In *La recherche qualitative : Enjeux épistémologiques et méthodologiques*. Sous la dir. de Poupart, Jean. Montréal : Presse de l'Université de Montréal, 417 p.
- Contandriopoulos, André-Pierre, et al. 2005. *Savoir préparer une recherche : La définir, la structurer, la financer*. Montréal : Gaëtan Morin Éditeur, 197 p.
- Gehring, Markus W. Cordonier Segger, Marie-Claude (eds). 2005. *Sustainable Development in World Trade Law*. Montréal : Kluwer Law International, 735 p.
- Ginther, Konrad. Denters, Erik. De Waart, Paul J.I.M. (eds). 1995. *Sustainable Development and Good Governance*, Pays-Bas : Martinus Nijhoff Publishers, 483 p.
- Johnson, Pierre Marc,. André Beaulieu. 1996. *The Environment and NAFTA: Understanding and Implementing the New Continental Law*. Washington, D.C. : Island Press, 412 p.
- Kenfack, Hugues. 2002. *Droit du commerce international*. Paris : Dalloz, 156 p.
- Mace, Gordon, et François Pétry. 2004. *Guide d'élaboration d'un projet de recherche*. Québec : Presses de l'Université Laval, 134 p.
- Morin, Jacques-Yvan. Rigaldies, Francis. Turp, Daniel. 1997. *Droit international public : Documents d'intérêt général*. Montréal : Éditions Thémis, 3<sup>e</sup> édition, 1232 p.
- Richardson, Benjamin J. 2002. *Environmental Regulation Through Financial Organisations : Comparative Perspectives on the Industrialised Nations*. Londres : Kluwer Law International, 408 p.
- Rist, Gilbert. 1996. *Le développement : histoire d'une croyance occidentale*. Paris : Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 426 p.

Roy, Simon. 2004. « L'étude de cas ». In *Recherche sociale : De la problématique à la collecte des données*. Sous la dir. De Gauthier, Benoît. Montréal : Presse de l'Université du Québec, 619 p.

Sabourin, Paul. 2005. « L'analyse de contenu ». In *Recherche sociale : De la problématique à la collecte des données*. Sous la dir. De Gauthier, Benoît. Montréal : Presse de l'Université du Québec, 619 p.

Toope, Stephen J. 1990. *Mixed international arbitration : Studies in arbitration between states and private persons*. Cambridge : Grotius Publications, 404 p.

#### Articles de périodiques :

Bagner, Hans. 2001. « Confidentiality – A fundamental principle in international commercial arbitration ? ». *Journal of International Arbitration*, vol. 18, no. 2, p. 243-249.

Bertrand, Edouard. 1996. « Confidentialité de l'arbitrage: Évolution ou mutation après l'affaire Esso/BHP v Plowman ». *Revue de droit des affaires internationales*, no 2, 169-177.

Böckstiegel, Karl-Heinz. 1965. « Arbitration of disputes between states and private enterprises in the International Chamber of Commerce ». *The American Journal of International Law*, vol. 59, no. 3 (juillet), p. 579-586.

Brown, Alexis C. 2001. « Presumption meets reality : An exploration of the confidentiality obligation in international commercial arbitration ». *American International Law Review*, vol. 16, p. 969-1025.

Burdeau, Geneviève. 1995. « Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les États ». *Revue de l'arbitrage*, no. 1, p. 2-37.

Coe, Jack J. Jr. 2002. « Domestic court control of investment awards : Necessary evil or Achilles heel within NAFTA an the proposed FTAA ? ». *Journal of International Arbitration*. Vol. 19, no. 3, p. 185-207.

Cordonier Segger, Marie-Claire. 2003-2004. « Sustainable development in the negotiation of the FTAA ». *Fordham International Law Journal*, vol. 27, p. 1118-1205.

Daly, Herman E. 1990. « Toward some operational principles of sustainable development ». *Ecological Economics*, vol. 2, p. 1-6.

Dessemontet, François. 1996. « Arbitration and Confidentiality ». *American Review of International Arbitration*, vol. 7, p. 299-307.

- Diaz, Luis Miguel. Oretskin, Nancy A. 2001-2002 « Mediation furthers the principles of transparency and cooperation to solve disputes in the NAFTA free trade area ». *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 30, p. 73-89.
- Drahozal, Christopher R. 2003. « Of rabbits and rhinoceri : A survey of empirical research on international commercial arbitration ». *Journal of International Arbitration*, vol. 20, no. 1, p. 23 -33.
- Dumberry, Patrick. 2001. « The NAFTA investment dispute settlement mechanism : A review of the latest case-law ». *The Journal of World Investment*, vol. 2, no. 1 (mars), p. 150-195.
- Dumberry, Patrick. 2002. « The NAFTA investment dispute settlement mechanism and the admissibility of amicus curiae briefs by NGOs ». *Revista Estudios Socio-Juridicas*, vol. 4, no. 1 (mars), p. 58-79.
- Fortier, Yves L.. 1999. « The occasionally unwarranted assumption of confidentiality ». *Arbitration International*, vol. 15, p. 131-139.
- Fracassi, Fulvio. 2001. « Confidentiality and NAFTA Chapter 11 arbitrations ». *Chicago Journal of International Law*, vol. 2 (printemps), p. 213-222.
- Gaillard, Emmanuel. 1987. « Le principe de confidentialité de l'arbitrage commercial international ». *Recueil Dalloz Chronique*, p. 153.
- Gal-Or, Noemi. 1998. « Private party direct access : A comparison of the NAFTA and the UE disciplines ». *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 11, no. 1, p. 1 - 42.
- Gélinas, Fabien. 2000. « Arbitration and the challenge of globalization ». *Journal of International Arbitration*, vol. 17, no. 4, p. 117-122.
- Gendron, Corinne. Revéret, Jean-Pierre. 2000. « Le développement durable ». *Économie et Société*, Automne, p. 1-14.
- Jamieson, Dale. 1998. « Sustainability and beyond ». *Ecological Economics*, vol. 24, p. 183-192.
- Kouris, Steven. 2005. « Confidentiality : Is international arbitration losing one of its major benefits ? ». *Journal of International Arbitration*, vol. 22, no 2, p. 127-140.
- Legum, Barton. 2003. « Trends and challenges in investor-state arbitration ». *Arbitration International*, vol. 19, no. 2, p. 143-147.
- Lélé, S. M. 1991. « Sustainable development : A critical review ». *World Development*, vol. 19, no. 6, p. 607-621.

- Mistellis, Loukas A. 2005. « Confidentiality and third party participation : UPS v. Canada and Methanex Corporation v. United States ». *Arbitration International*, vol. 21, no. 2, p. 211-231.
- Mock, William B. T. 1999-2000. « An interdisciplinary introduction to legal transparency: A tool for rational development ». *Dickerson Journal of International Law*, vol. 18, p. 293-304.
- Moltke, Konrad Von. Mann, Howard. 2001. « Misappropriation of institutions : Some lessons from the environmental dimension of the NAFTA investor-state dispute settlement process ». *International Environmental Agreement : Politics, Law and Economics*, vol. 1, p. 103-119.
- Müller, Christoph. 2005. « La confidentialité en arbitrage commercial international : un trompe-l'œil ? ». *ASA Bulletin*, vol. 2 (juin), p. 216-240.
- Mushkat, 2002. « Public Participation in environmental law making » *Chinese Journal of International Law*, vol. 185, p.187-224.
- Nakamura, Tatsuya. 1999. « Confidentiality in arbitration SVEA Court of appeal decision; Is it good news from Stockholm? ». *Mealey's International Arbitration Report*, vol. 14 (juin), p. 24.
- Neill, Patrick. 1996. « Confidentiality in Arbitration ». *Arbitration International*, vol. 12, p.287.
- Pongracic-Speier, Monique. 2001. « Confidentiality and the public interest exception : Considerations for mixed international arbitration »:  
[http://www.cfcj-fcjc.org/full-text/2001\\_dra/monique\\_pongra.html](http://www.cfcj-fcjc.org/full-text/2001_dra/monique_pongra.html)
- Pryles, Michael. 1996. « Assessing Dispute Resolution Procedures ». *American Review of International Arbitration*, vol. 7, p. 267-281.
- Rada, J. Trisoglio, A. 1992. « Capital markets and sustainable development ». *Columbia Journal of World Business*, vol. 27, p. 42-50.
- Raymond, Anjanette. 2005. « Confidentiality, in a forum of last resort ? Is the use of confidential arbitration a good idea for business and society ? ». *American Review of International Arbitration*, no 16.
- Ridgway, Delissa A. 1999. « International arbitration : The next growth industry ». *Dispute Resolution Journal*, vol. 54, no. 1, p. 50-53.
- Rothman, Philip. 1994. « Pssst, please keep it confidential : Arbitration makes it possible ». *Dispute Resolution Journal*, vol. 49, no. 3, p. 69-72.



- Rowley, Jennifer. 2002. « Using Case Studies in Research ». *Management Research News*, vol. 25, no.1, p. 16 – 25.
- Sanchez, Roberto A. 2002. « Governance, trade, and the environment in the context of NAFTA ». *The American Behavioral Scientist*, vol. 45, no. 9 (mai), p. 1369-1393.
- Sébastien, Léa. Brodhag, Christian. 2004. « À la recherche de la dimension sociale du développement durable ». *Revue Développement durable et territoires*, février, Dossier 3, p 1-25.
- Smit, Robert H., et Nicholas J. Shaw. 1997. « The Centre for public resources rules for non-administered arbitration of international disputes : A critical and comparative commentary ». *American Review of International Arbitration*, vol. 8, p. 275-316.
- Stone, Christopher D. 1994. « Deciphering sustainable development ». *Chicago-Kent Law Review*, vol. 69, p. 977-988.
- Tanaka, Maki. 2003. « Bridging the gap between northern NGOs and southern sovereigns in the trade-environment debate: The pursuit of democratic dispute settlement in the WTO under the Rio principle ». *Ecological Quartet*, vol. 30, p. 113-188.
- Trakman, Leon E. 2002. « Confidentiality in international arbitration ». *Arbitration International*, vol. 18, no. 1, p. 1-18.
- Tweeddale, Andrew. 2005. « Confidentiality in arbitration and the public interest exception ». *Arbitration International*, vol. 21, no.1, p. 59-70.
- Umbricht, Georg C. 2001. « An amicus curiae brief on amicus curiae briefs at the WTO ». *International Economic Law*, vol. 4, p. 773-782.
- Wapner, Paul. 2003. « World Summit on Sustainable Development : Toward a post-Jo'burg environmentalism ». *Global Environmental Politics*, vol. 3, p. 1-10.
- \_\_\_\_\_. 2002. « ILA New Delhi Declaration of Principles of International Law Relating to Sustainable Development ». Dans : *International Environmental Agreements : Politics, Law and Economic*, vol. 2, p. 211-216.

#### Mémoires ou thèses :

- Duncan, Pamela. 2003. « Subnational impacts of NAFTA's environmental regime : a comparative analysis of Canada, the United States, and Mexico ». Thèse de Doctorat, Fort Collins, Colorado State University, 421 p.

Hussein, Anwaar. 2003. « Status of non governmental entities and dispute settlement mechanism of the WTO : An analysis with special reference to *amicus* brief controversy ». Mémoire de maîtrise, Montréal, Université McGill, 108 p.

Kucinski, Ellis Nancy. 2004. « Interests, institutions, and friends of the court : An analysis of organizational factors related to *amicus curiae* participation ». Thèse de Doctorat, Dallas, University of Texas in Dallas, 135 p.

### Articles de journaux :

Bisson, Bruno. 1999. « ALENA: les lois environnementales prises d'assaut par de grandes entreprises ». *La Presse*, 23 juin, p. B6.

DePalma, Anthony. 2001. « Nafta's powerful little secret ; Obscure tribunals settle dispute, but go too far, critics say ». *New York Times*, 11 mars, section 3, p. 1.

Francoeur, Louis-Gilles. 2002. « Le Canada, dépotoir des déchets toxiques américains : Le tonnage a quintuplé depuis la signature de l'ALÉNA ». *Le Devoir*, 17 décembre 2002, p. A1.

### Actes de colloque et notes de recherche :

Beauchamp, Alexis. 2003. « ALÉNA et environnement : Les clauses vertes font-elles le poids? ». Note de recherches. *Centre d'études internationales et mondialisation*. Groupe de recherche sur l'intégration continentale, Montréal.

Capling, Ann. 2004. *The rise and fall of Chapter 11 : Investor-state dispute mechanisms in the North American Free Trade Agreement and the Australia-United States Free Trade Agreement : Paper prepared for the Oceanic Conference on International Studies* (Cambera, 14-16 juillet 2004) Australie: Australian national University, 28 p.

Chevallier, Jacques (dir). 1988. « Information et Transparence Administratives ». *Centre Universitaire de Recherches Administratives et Politiques de Picardie*, Picardie.

Moltke, Konrad Von. Mann, Howard. 2002. « Protecting investor rights and the public good : assessing NAFTA's chapter 11 ». *Background Paper to the ILSD Tri-National Policy Workshop*, Mexique (Mexico, 13 mars 2002), 27 p.

### Publications gouvernementales et internationales :

- Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements. 2006. *Convention et règlement du CIRDI*. Washington.
- Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements. 2006. *Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI*. Washington.
- Commission mondiale sur l'environnement et le développement. 1989. *Notre avenir à tous*, Introduction de Gro Harlem Brundtland, Montréal : Éditions du Fleuve.
- Conférence sur la charte de l'énergie. 1994. *Energy Charter Treaty*. Bruxelles.
- Gouvernement des États-Unis. 1983. *Accord entre les États-Unis d'Amérique et les États-Unis du Mexique pour la protection et l'amélioration de l'environnement dans la région frontalière*. La Paz.
- Gouvernement du Canada. 1986. *Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant les déplacements transfrontaliers de déchets dangereux*. Ottawa.
- Gouvernement du Canada. 1993. *Accord de libre-échange nord-américain*. Ottawa.
- Gouvernement du Canada. 1993. *Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement*. Ottawa.
- Institut international pour le développement durable. 1994. *Principes d'un commerce assurant un développement durable*, 46 p.
- Mercosur. 1991. *Tratado de Asunción para la constitución de un mercado común entre la Republica Argentina, la Republica federativa del Brasil, la Republica des Paraguay y la Republica oriental del Uruguay*. Asunción.
- Organisation de Coopération et de Développement Économique. Déclaration du Comité de l'investissement de l'OCDE. Division des Affaires financières et des entreprises. 2005. *Transparence et participation de tierces parties aux procédures de règlement des différends entre investisseurs et États*. Paris.
- Organisation des États américains. 1975. *Convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial international*. Panama.
- Organisation des Nations unies. Assemblée générale de Nations unies. 1982. *Charte mondiale des Nations unies pour la nature*. New York.



- Organisation des Nations unies. Commission économique pour l'Europe des Nations unies. 1998. *Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement*. Aarhus.
- Organisation des Nations unies. Commission mondiale sur l'environnement et le développement. 1987. *Déclaration de Tokyo*. Tokyo.
- Organisation des Nations unies. Conférence de Plénipotentiaires. 1989. *Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination*. Bâle.
- Organisation des Nations unies. Conférence des Nations unies sur le droit des traités. 1969. *Convention de Vienne sur le droit des traités*. Vienne.
- Organisation des Nations unies. Conférence des Nations unies sur l'environnement. 1992. *Convention cadre des Nations Unies sur la diversité biologique*. Rio.
- Organisation des Nations unies. Conférence des Nations unies sur l'environnement. 1992. *Convention cadre des Nations unies sur les changements climatiques*. Rio.
- Organisation des Nations unies. Conférence des Nations unies sur l'environnement. 1972. *Déclaration de Stockholm*. Stockholm.
- Organisation des Nations unies. Conférence des Nations unies sur l'environnement. 1992. *Agenda 21*. Rio.
- Organisation des Nations unies. Conférence des Nations unies sur l'environnement. 1992. *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement*. Rio.
- Organisation des Nations unies. Programme des Nations unies pour l'environnement. 1987. *Protocole de Montréal sur les substances qui appauvrissent la couche d'ozone*. Montréal.
- Organisation des Nations unies. 1994. *Convention des Nations unies sur la lutte contre la désertification dans les pays gravement touchés par la sécheresse et/ou la désertification, en particulier en Afrique*. Paris.
- Organisation des Nations unies. 1958. *Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences d'arbitrages étrangères*. New York.
- Organisation mondiale du commerce. 1994. *Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*. Marrakech.
- Organisation mondiale du commerce. 1994. *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*. Genève.

Organisation mondiale du commerce. Conférence ministérielle de l'OMC à Doha. 2001.  
*Déclaration ministérielle de l'OMC à Doha.* Doha.

Union Internationale pour la Conservation de la Nature et des Ressources Naturelles. 1980.  
*Stratégie mondiale de conservation.* Gland.

Gouvernement du Canada. Environnement Canada. Bureau national des recommandations et des normes. Février 2005. *Recommandations canadiennes pour la qualité des eaux.* Ottawa.

### Sites internet

Affaires étrangères et commerce international Canada :

<http://www.dfait-maeci.gc.ca/nafta-alena>

(Novembre 2006)

Association pour le droit international du développement durable

<http://www.ila-hq.org>

(Novembre 2006)

Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements

[www.worldbank.org/icsid/index.html](http://www.worldbank.org/icsid/index.html)

(Novembre 2006)

Commission économique des Nations unies pour l'Europe

[http://www.unece.org/stats/stats\\_f.htm](http://www.unece.org/stats/stats_f.htm)

(Novembre 2006)

Conseil des Canadiens :

<http://www.canadians.org>

(Novembre 2006)

Département d'État des États-Unis :

<http://www.state.gov/s/l/c10986.htm>

(Novembre 2006)

Division des Nations unies pour le développement durable

<http://www.un.org/french/esa/desa/aboutus/dsd.html>

(Octobre 2006)

Nafta Claims:

<http://naftaclaims.com>

(Novembre 2006)



Secrétariat de l'ALÉNA :  
<http://www.nafta-sec-alena.org>  
 (Novembre 2006)

Secrétariat de la Commission pour la coopération environnementale :  
[www.cec.org](http://www.cec.org)  
 (Novembre 2006)

Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes du Canada :  
<http://www.sttp.ca/>

### **Arrêts juridiques :**

*Ali Shipping Corporation c. Shipyard Trogir*, [1998] 1 Lloyd's Rep. 643 (CA).

*AI Trade Finance Inc. c. Bulgarian Foreign Trade Bank*, Cas no. T 1092-98, SVEA App.

*Commonwealth d'Australie c. Cockatoo Dockyard Pty. Ltd.* (1995), 36 N.S.W.L.R. 662 (CA).

*Dolling-Baker c. Merrett*, [1990] 1 W.L.R. 1295 (CA).

*Esso Australia Ressources c. Plowman* (1994), 1 V.R.1.

*Glamis Gold Ltd. c. États-Unis d'Amérique*, (Application for leave to file a non-party submission, Quechan Indian Nation).

*Metalclad Corporation c. États Unis du Mexique*, (30 août 2000), Cas No. ARB(AF)/97/1.

*Metalclad Corporation c. États Unis du Mexique*, (Decision on a request by the respondent for an order prohibiting the claimant from revealing information regarding ICSSID) (30 août 2000), Cas No. ARB(AF)/97/1.

*Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique*, (Application for Amicus Standing, IISD), (25août 2000).

*Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique*, (Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as « Amici Curiae ») (15 janvier 2001).

*Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique*, (Final Submission in Support of Application for Amicus Standing, IISD), (16 octobre 2000).

*Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique*, (First Submission on Amicus Application, Methanex) (27 octobre 2000).

*Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique*, (First Submission on Amicus Application, USA), (22 novembre 2000).

*Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique*, (Second Submission on Amicus Application, USA), (22 novembre 2000).

*Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique*, (Submission in Response to Application for Amicus Standing, Canada), (10 novembre 2000).

*Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique*, (Submission in Response to Application for Amicus Standing, Mexique), (10 novembre 2000).

*Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique*, (Supplemental Application for Amicus Standing, IISD), (6 septembre 2000).

*The Loewen Group inc. and Raymond L. Loewen c. États-Unis d'Amérique*, (2001), Cas No. Arb(AF)/98/3.

*The Loewen Group inc. and Raymond L. Loewen c. États-Unis d'Amérique*, (Decision on Hearing of Respondent's Objection to Competence and Jurisdiction) (5 janvier 2001) Cas No. ARB(AF)/98/3).

*United States c. Panhandle Eastern Corp*, 118 F.R.F. 346 (D. Del. 1998).

*United Parcel Services of America inc c. Gouvernement du Canada*, (Amicus Petitions by the Canadian Union of Postal Workers and the Council of Canadians), (8 novembre 2000).

*United Parcel Services of America inc c. Gouvernement du Canada*, (Decision of the Tribunal on petitions for intervention and participation as *amici curiae*), (17 octobre 2001).